

«JAAN»

Jurisprudentie
Aanbestedingsrecht

www.sdujurisprudentie.nl

Redactie:

mr. T.G. Zweers-te Raaij (Vz)
mr. L. Knoups
mr. M. Nusteen
mr. M.G. Rauws
mr. L.J.W. Sueters (adviseur)
mr. E.E. Zeelenberg

Inhoud

Aflevering 4 – 6 juni 2017 – Jaargang 14

- Het grensoverschrijdend belang van reclame op trams, in bushokjes en in metrostations** p. 434
mr. M.J.J.M. Essers
- 108* Hof van Justitie EU p. 439
5 april 2017, nr. C-298/15, ECLI:EU:C:2017:266
Beroep op derden/onderaannemers. Toelaatbaarheid geschiktheidseisen. Vereiste dat de bijdrage van elke deelnemer evenredig is aan zijn bijdrage aan het bewijs van beroepsbekwaamheid. Tussentijdse wijziging geschiktheidseisen. Transparantieverplichting. Non-discriminatiebeginsel.
[Richtlijn 2004/17/EG art. 54 lid 16; VWEU art. 49, 56]
Noot mr. C.G. van Blaaderen
- 109 Hof van Justitie EU p. 455
5 april 2017, nr. C-391/15, ECLI:EU:C:2017:268
Rechtsbescherming. Rechtstreekse werking. Nationale procedureregels.
[Richtlijn 89/665/EEG art. 1 lid 1, 2 lid 1 onder a en b]
- 110 Najvyšší súd Slovenskej republiky (Slowakije) p. 462
21 maart 2017, zaak C-76/16, verzoek om een prejudiciële beslissing
(Concl. A-G Campos Sánchez-Bordona)
Toelaatbaarheid selectiecriteria. Financiële en economische draagkracht. Rechtsbescherming.
[Richtlijn 2004/18/EG art. 44, 47, 48; Richtlijn 89/665/EEG art. 1, 2; Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie art. 47]

111	Consiglio di Stato (Italië) 30 maart 2017, zaak C-560/15, verzoek om een prejudiciële beslissing (Concl. A-G Kokott) Nationale procedureregels. Vertrouwensbeginsel. Discriminatiebeginsel. Kosteloze aanbesteding. [VWEU art. 267; Richtlijn 2002/20 art. 5 en 7; Richtlijn 2002/21 art. 2, 3 en 6; Richtlijn 2009/140 overweging 13]	p. 464
112	Fovárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság 5 april 2017, zaak C-49/16, verzoek om een prejudiciële beslissing (Concl. A-G Szpunar) Vrij verkeer van diensten. Kansspelvergunning. Transparantiebeginsel. Gelijkheidsbeginsel. Evenredigheidsbeginsel. [VWEU art. 56]	p. 467
113*	Gerechtshof Den Haag 7 maart 2017, nr. 200.207.104/01, ECLI:NL:GHDHA:2017:470 Concessieovereenkomst. Drempelbedrag. Grensoverschrijdend belang. Overbruggingsovereenkomst. Ingrijpen in gesloten overeenkomst. [Aanbestedingswet 2012 art. 1.8, 1.9, 1.10] Zie openingsnoot mr. M.J.J.M. Essers	p. 468
114	Gerechtshof Amsterdam 14 maart 2017, nr. 200.180.270/01, ECLI:NL:GHAMS:2017:829 Hoger beroep. Ingrijpen in gesloten overeenkomst. [Aanbestedingswet 2012 art. 4.15 lid 1; BW art. 3:40]	p. 478
115*	Gerechtshof 's-Hertogenbosch 21 maart 2017, nr. 200.206.297_01, ECLI:NL:GHSHE:2017:1115 Ondertekeningsgebrek. Geschiktheidseis. Inschrijvingsvereiste. Bewijsmid- delen. Transparantiebeginsel. [Aanbestedingswet 2012 art. 2.89] Noot mr. M.M. Fimerius, mr. M.C. de Vries	p. 479
116*	Rechtbank Gelderland 17 februari 2016, nr. 279493, ECLI:NL:RBGEL:2016:1384 Private aanbesteding. Overeenkomstenrecht. Totstandkoming overeenkomst. Schadevergoeding. Noot mr. G.J. Huith , mr. M.R. van Rijckevorsel	p. 489
117	Rechtbank Oost-Brabant 22 maart 2017, nr. C/01/314242/HA ZA 16-700, ECLI:NL:RBOBR:2017:1580 Afgifte van stukken. Aansprakelijkheid. Procesrecht. [Rv art. 843a]	p. 502

118*	<p>Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag 17 januari 2017, nr. C/09/520620/KG ZA 16-1304, ECLI:NL:RBDHA:2017:2217 Clusterverbod. Level playing field. Non-discriminatiebeginsel. Kwalitatieve gunningscriteria. Technische specificaties. Motivering gunningsbeslissing. Afwijking van advies Commissie van Aanbestedingsexperts. [Aanbestedingswet 2012 art. 1.5, 2.76, 2.75] Noot mr. H.J. van der Horst</p>	p. 504
119	<p>Voorzieningenrechter Rechtbank Gelderland 20 februari 2017, nr. 313931, ECLI:NL:RBGEL:2017:1500 Programma van wensen. Uitleg gunningscriteria. Cao-norm. Transparantiebeginsel. Gelijkeheidsbeginsel. Motivering gunningsbeslissing.</p>	p. 521
120	<p>Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag 20 februari 2017, nr. C-09-524698-KG ZA 17-13, ECLI:NL:RBDHA:2017:2971 Level playing field. Kwalitatieve gunningscriteria. Zittende leverancier. Motivering gunningsbeslissing. Rechtsverwerking.</p>	p. 523
121	<p>Voorzieningenrechter Rechtbank Gelderland 28 februari 2017, nr. 313144, ECLI:NL:RBGEL:2017:1501 Transparantiebeginsel. Gelijkeheidsbeginsel. Onvoldoende informatie voor functietest.</p>	p. 524
122*	<p>Voorzieningenrechter Rechtbank Midden-Nederland 3 maart 2017, nr. C/16/418882/KG ZA 16-523, ECLI:NL:RBMNE:2017:1076 Uitsluiting. Ernstige fout in de uitoefening van het beroep. Proportionaliteit uitsluiting. Valse verklaring. Eigen verklaring. Herbeoordeling. [Aanbestedingswet 2012 art. 2.87] Noot mr. M.W. Speksnijder, mr. M. van den Brink</p>	p. 526
123*	<p>Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam 22 maart 2017, nr. C/10/519575/KG ZA 17-86, ECLI:NL:RBROT:2017:2263 (On-)geldigheid inschrijving. Rechtsbescherming. Rechtsverwerking. Belanghebbende. [Richtlijn 89/665/EG art. 1 lid 3] Noot mr. dr. P. Heijnsbroek, mr. M. de Vette</p>	p. 537
124	<p>Voorzieningenrechter Rechtbank Noord-Holland 28 maart 2017, nr. C/15/253645/KG ZA 17-30, ECLI:NL:RBNHO:2017:2329 (On-)geldigheid inschrijving. Beoordeling gunningscriteria. Transparantie gunningscriteria. Belangenverstrengeling. Motivering gunningsbeslissing.</p>	p. 543
125*	<p>Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam 6 april 2017, nr. C/10/520509/KG ZA 17-125, ECLI:NL:RBROT:2017:2605 Voeging. Tussenkost. Combinatie. Alcateltermijn. Vertrouwensbeginsel. Gelijkeheidsbeginsel. Intrekking gunningsbeslissing. Noot mr. dr. A.J. van Heeswijck</p>	p. 545
126	<p>Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag 25 april 2017, nr. C/09/527418/KG ZA 17-229, ECLI:NL:RBDHA:2017:4255 Technische specificaties. Uitvoeringsvoorwaarde. Belangenverstrengeling. [Aanbestedingswet 2012 art. 1.10b, 2.87 lid 1]</p>	p. 556

- 127 Voorzieningenrechter Rechtbank Gelderland p. 557
 21 juli 2015, nr. 283380, ECLI:NL:RBGEL:2015:4409
 Openbare inschrijvingsprocedure. Onderhandse verkoop.
- Commissie van Aanbestedingsexperts**
- 128* Commissie van Aanbestedingsexperts p. 558
 3 oktober 2016, Advies 368
 Behandeling klacht door Commissie. Toelaatbaarheid technische specificaties. Verstrekken inlichtingen.
 [Aanbestedingsreglement Werken 2012 art. 2.4.9, 2.13; Reglement van de Commissie van Aanbestedingsexperts art. 7 lid 1 sub a]
 Zie noot mr. H.J. van der Horst
- 129 Commissie van Aanbestedingsexperts p. 559
 14 oktober 2016, Advies 374
 Digitaal aanbestedingsplatform. Afbreken procedure op TenderNed.
- 130 Commissie van Aanbestedingsexperts p. 561
 14 oktober 2016, Advies 377
 Beoordeling gunningscriteria. Transparantie beoordelingsmethodiek.
- 131 Commissie van Aanbestedingsexperts p. 562
 18 oktober 2016, Advies 379
 Raamovereenkomst. Aantasting mededinging. Gelijkeheidsbeginsel. Kwalitatieve gunningscriteria. Level playing field.
- 132 Commissie van Aanbestedingsexperts p. 564
 1 december 2016, Advies 382
 Raamovereenkomst. Wezenlijke wijziging. Transparantiebeginsel. Uitleg aanbestedingsstukken.
 [Aanbestedingswet 2012 art. 1.9]
- 133 Commissie van Aanbestedingsexperts p. 565
 21 december 2016, Advies 391
 Transparantieverplichting. Onvoldoende informatie voor test. Niet-ontvankelijkheid Commissie van Aanbestedingsexperts.
 [Reglement Commissie van Aanbestedingsexperts art. 9 lid 1 sub b]
- 134* Commissie van Aanbestedingsexperts p. 566
 26 januari 2017, Advies 318
 Technische specificaties. Verwijzing naar normen. Functioneel specificeren. Behandeling klacht door Commissie. Klachtencommissie. Proportionaliteit technische specificaties. Gelijkeheidsbeginsel.
 [Aanbestedingswet 2012 art. 1.8, 1.10 lid 1, 2.75 lid 2, 2.76 lid 1, 5, 6; Reglement van de Commissie van Aanbestedingsexperts art. 1 sub c]
 Zie noot mr. H.J. van der Horst

- 135* Commissie van Aanbestedingsexperts p. 568
 26 januari 2017, Advies 387
 Gelijkheidsbeginsel. Non-discriminatiebeginsel. Level playing field. Functioneel specificeren. Toeschrijven.
 [Aanbestedingswet 2012 art. 1.8, 1.10, 2.75, 2.76]
 Zie noot mr. H.J. van der Horst
- 136 Commissie van Aanbestedingsexperts p. 569
 28 februari 2017, Advies 295
 Beoordeling gunningscriteria. Transparantieverplichting. Ontvankelijkheid klacht. Motivering gunningsbeslissing.
- 137 Commissie van Aanbestedingsexperts p. 571
 28 februari 2017, Advies 314
 Proportionaliteit geschiktheidseisen. Transparantiebeginsel. Rechtsverwerking. Gelijkwaardig kwaliteitscertificaat. Motivering gunningsbeslissing.
 [Aanbestedingswet 2012 art. 1.9, 1.10]
- 138* Commissie van Aanbestedingsexperts p. 572
 28 februari 2017, Advies 323
 Raamovereenkomst. Wezenlijke wijziging. Heraanbesteding.
 [Aanbestedingswet 2012 art. 1.12, 1.13]
 Noot mr. ir. M.B. Klijn
- 139 Commissie van Aanbestedingsexperts p. 576
 28 februari 2017, Advies 383
 (On)geldigheid inschrijving. Herstelmogelijkheid. Ontbreken Gedragsverklaring Aanbesteden.
 [Aanbestedingswet 2012 art. 1.8, 1.9, 2.55, 2.48, 2.85, 2.102]

Het grensoverschrijdend belang van reclame op trams, in bushokjes en in metrostations

Voorgeschiedenis

De zaak van JCDecaux Nederland en de exploitatie van het reclame-arsenaal van RET heeft een ongebruikelijk lange voorgeschiedenis. JCDecaux aast al sinds 2005 op deze lucratieve opdracht van RET, de onderneming die het stadsvervoer in de regio Rotterdam verzorgt. JCDecaux stak haar interesse voor de opdracht nooit onder stoelen of banken. In januari 2007 informeerde RET haar echter dat zij een overeenkomst zou aangaan met (een rechtsvoorganger van) Exterior. Deze onderhandse keuze voor deze concurrent schoot JCDecaux in het verkeerde keelgat. JCDecaux Nederland maakte meteen een kort geding aanhangig bij de rechtbank Rotterdam. Bij vonnis van 28 juni 2007 heeft de voorzieningenrechter RET verboden de exploitatie van haar reclame-arsenaal aan een derde te gunnen zonder eerst JCDecaux in de gelegenheid te stellen een aanbieding te doen. Nadat JCDecaux daartoe was uitgenodigd heeft RET Services in 2009 alsnog gecontracteerd met (de rechtsvoorganger van) Exterior voor een periode van zeven jaar.

De concessieovereenkomst

Dat contract liep op 1 januari 2017 ten einde. Opnieuw zat JCDecaux dan ook in 2016 op het vinkentouw, maar ook nu werd haar de pas afgesneden. RET Services en Exterior hebben op 15 maart 2016 een overeenkomst gesloten waarbij Exterior exclusieve exploitatierechten voor reclame opabri's, bussen, trams en metrostations verkreeg. De overeenkomst was gesloten voor een periode van tien jaar, ingaande 1 januari 2017. JCDecaux wilde – begrijpelijk – niet nog eens tien jaar wachten en wendde zich opnieuw tot de rechtbank. Aanvankelijk zonder succes. De rechtbank Rotterdam oordeelde bij vonnis van 9 juni 2016 dat sprake was van een concessieovereenkomst voor diensten. Op concessieovereenkomsten was tot 18 april 2016 geen Europese aanbestedingsrichtlijn van toepassing (bepalingen uit de Richtlijn concessieovereenkomsten 2014/23/EU kregen toen rechtstreekse werking). Evenmin achtte de rechtbank Rotterdam deel 1 van de Aanbestedingswet 2012 van toepassing op de concessieovereenkomst omdat het daarvoor vereiste grensoverschrijdende belang zou ontbreken. Eiseres, JCDecaux Nederland, werd namelijk niet als een buitenlands bedrijf beschouwd en de rechtbank achtte het niet aannemelijk dat buitenlandse partijen interesse zouden tonen vanwege de afstand van Rotterdam tot de grens.

JCDecaux liet het daar niet bij zitten. In hoger beroep werd zij alsnog in het gelijk gesteld. Het arrest van het gerechtshof Den Haag van 25 oktober 2016 (ECLI:NL:GHDHA:2016:3169) heb ik in «JAAN» 2016/247 besproken. In die annotatie is vooral ingegaan op de subjectieve aanbestedingsplicht (vraag of RET Services een aanbestedende dienst en/of een speciale-sectorbedrijf is). Vanwege deze subjectieve aanbestedingsplicht en het grensoverschrijdende belang van de concessieovereenkomst werd het RET Services in het arrest van 25 oktober 2016 verboden de op 15 maart 2016 met Exterior gesloten concessieovereenkomst uit te voeren. Het nu te bespreken vervolgarrest van 7 maart 2017 biedt een mooie gelegenheid om tevens de objectieve aanbestedingsplicht in deze zaak te behandelen (de vraag of de concessieovereenkomst vanwege een grensoverschrijdend belang openbaar aanbesteed moet worden).

Voor het grensoverschrijdende belang van de concessieovereenkomst werd door het gerechtshof in het arrest van 25 oktober 2016 verwezen naar het economisch belang van de overeenkomst, meer specifiek naar de aan de overeenkomst volgens JCDecaux verbonden omzet van ongeveer 100 miljoen euro en naar het Belgacomarrest van het Hof van Justitie van de EU (Hof van Justitie, 14 november 2013, zaak C-221/12, Belgacom/WVEM, ECLI:EU:C:2013:736, r.o. 29) waarin door het Hof van Justitie werd genoemd dat een duidelijk grensoverschrijdend belang met name kan voortvloeien uit het economische belang van de geplande overeenkomst, de plaats van uitvoering ervan of de technische kenmerken ervan. Volgens RET Services was de

omzet juist niet hoog genoeg om buitenlandse interesse te kunnen wekken. Voor RET Services hielp niet mee dat Exterion kennelijk had betoogd dat het waarschijnlijk is dat buitenlandse ondernemingen bij een marktbevraging belangstelling zouden hebben getoond. Het gerechtshof overwoog dan ook dat een omzet van ongeveer 100 miljoen euro zo substantieel is, dat er een reële mogelijkheid bestaat dat ondernemingen uit andere lidstaten bij een passende mate van openbaarheid belangstelling zouden hebben getoond. Daarbij nam het gerechtshof in aanmerking dat dit bedrag een veelvoud is van de drempelwaarde conform Richtlijn concessieovereenkomsten 2014/23/EU, waarbij buitenlandse belangstelling kan worden verondersteld.

Het gerechtshof woog in haar arrest van 25 oktober 2016 ook mee dat (potentiële) buitenlandse belangstelling ook kan blijken uit het feit dat ondernemingen uit andere lidstaten zich permanent in Nederland hebben gevestigd of Nederlandse ondernemingen hebben geacquireerd. Omdat zowel JCDecaux Nederland als Exterion en de derde grote marktspeeler in Nederland, Clear Channel, deel uitmaken van internationale concerns, was deze overweging voor de concessieovereenkomst van RET Services zeer relevant.

De overbruggingsovereenkomst

RET Services werd door het gerechtshof in het arrest van 25 oktober 2016 gelast, voor zover zij de concessieovereenkomst nog wilde sluiten, om een aankondiging van een concessieovereenkomst van eenzelfde strekking als gesloten met Exterion bekend te maken met inachtneming van de bepalingen van de Aanbestedingswet 2016 (bedoeld wordt de gewijzigde Aanbestedingswet 2012).

Omdat de Aanbestedingswet 2012 na het sluiten van de concessieovereenkomst was gewijzigd, kon bij de heraanbesteding niet worden volstaan met inachtneming door RET Services van de voorschriften van deel 1 van de Aanbestedingswet, maar diende tevens rekening te worden gehouden met de voorschriften van het nieuwe deel 2a voor concessieopdrachten vanwege het daarvoor geldende drempelbedrag van euro 5,225.000. Wegens het door het gerechtshof aan RET Services opgelegde verbod om vanaf 1 januari 2017 nog langer de overeenkomst met Exterion verder uit te voeren, moest RET Services een overbruggingsovereenkomst sluiten voor de periode vanaf 1 januari 2017 totdat de aanbesteding zou zijn afgerond. Deze overbruggingsovereenkomst zal uiterlijk op 1 juli 2017 moeten eindigen.

RET Services hield bij het aangaan van deze overbruggingsovereenkomst andermaal de deur dicht voor JCDecaux, die zich daardoor genoodzaakt zag om voor de derde keer ten strijde te trekken tegen een onderhandse gunning van een opdracht aan Exterion. Dit keer waren echter zowel de rechtbank Rotterdam als het gerechtshof Den Haag haar niet gunstig gezind, zoals wel uit het arrest van 7 maart 2017 blijkt. Anders dan voor de concessieovereenkomst zag het gerechtshof voor de overbruggingsovereenkomst buitenlandse partijen geen tocht naar Rotterdam maken. Het gerechtshof was er niet van overtuigd dat de waarde van de overbruggingsovereenkomst het drempelbedrag van euro 5.225.000 zou overschrijden, zodat toepassing van deel 2a Aanbestedingswet niet werd aangenomen. Bovendien zou een aanbesteding van de overbruggingsovereenkomst vrijwel parallel lopen met die van de concessieovereenkomst. JCDecaux had haar hand overspeeld.

Grensoverschrijdend belang

Ik behandel de voorgeschiedenis zo uitvoerig omdat ik de lezers ook de overwegingen van het gerechtshof in het arrest van 26 oktober 2016 over het grensoverschrijdend belang wil meegeven. Beide arresten in onderlinge samenhang bezien illustreren het best voor welke lastige afwegingen aanbesteders komen te staan bij het plaatsen van opdrachten die niet onder de Europese aanbestedingsrichtlijnen (en de delen 2, 2a en 3 Aanbestedingswet) vallen. In de praktijk gaat het jaarlijks om duizenden opdrachten waarbij Nederlandse aanbesteders zich moeten afvragen of er een grensoverschrijdend belang is. De Aanbestedingswet en de rechtspraak van het Hof van Justitie bieden weinig hulp. Volgens die rechtspraak moet van geval tot geval aan de hand van objectieve

criteria worden bezien of sprake is van een grensoverschrijdend belang. Het staat de rechter daarbij vrij om alle gegevens gedetailleerd te beoordelen. Eenzelfde aanpak volgt het Hof van Justitie in haar rechtspraak over het begrip publiekrechtelijke instelling. Je kunt je afvragen of de rechtspraktijk gebaat is bij zo een casuïstische benadering. Alleen al de onduidelijkheid van de criteria die het Hof van Justitie voor een grensoverschrijdend belang toets noemt en de onduidelijkheid over hoe die criteria tegen elkaar moeten worden afgewogen zou mijns inziens met zich mee moeten brengen dat een grensoverschrijdend belang niet snel mag worden aangenomen.

Objectieve criteria

De vraag die het Hof van Justitie wel oppakt is welke objectieve criteria in aanmerking genomen kunnen worden bij de toetsing van een grensoverschrijdend belang. In het vroege Secap-arrest (zaak C-147/06 en C-148/06, 15 mei 2008) werden door het Hof van Justitie de omvang van de opdracht, de plaats van uitvoering daarvan en de economische betekenis van de opdracht genoemd. Bij opdrachten met geringe economische betekenis zou de vraag gesteld moeten worden of de landsgrenzen door agglomeraties op het grondgebied van verschillende lidstaten heen lopen. In het meer recente Tecnoedi Costruzioni arrest (zaak C-318/15, 6 oktober 2016) bevestigde het Hof van Justitie dat een aanzienlijk bedrag van een opdracht, in combinatie met de plaats van uitvoering van de werken of de technische kenmerken van de opdracht en de specifieke kenmerken van de betrokken producten relevant kunnen zijn. In die context kan volgens het Hof van Justitie tevens rekening worden gehouden met het bestaan van klachten van in andere lidstaten gevestigde marktdeelnemers, mits wordt nagegaan of het werkelijke klachten en geen schijnklachten betreft. Volgens het Hof van Justitie is het niet gerechtvaardigd om ervan uit te gaan dat een opdracht voor werken, zoals in de Tecnoedi-zaak, met een waarde die minder dan één vierde bedraagt van de in het recht van de Unie vastgestelde drempelwaarde en waarvan de plaats van uitvoering op 200 km van de grens met een andere lidstaat is gelegen, een duidelijk grensoverschrijdend belang kan vertonen, enkel omdat een aantal inschrijvingen zijn ingediend door in de betrokken lidstaat gevestigde ondernemingen die zich op een aanzienlijke afstand van de plaats van uitvoering van de betrokken werken bevinden. Ook met andere feiten moet rekening worden gehouden, zoals de eisen en extra lasten in verband met de verplichting om zich aan te passen aan het juridische en bestuurlijke kader van de lidstaat van uitvoering van de werken en om te voldoen aan taalvereisten. Het gaat volgens het Hof van Justitie niet om een hypothetische analyse op basis van gegevens die – in abstracto bezien – aanwijzingen kunnen opleveren maar om een toets aan de hand van concrete gegevens over de opdracht in kwestie.

Richt snoeren voor de praktijk

Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie kunnen mijns inziens de volgende richtsnoeren worden afgeleid.

Het eerste richtsnoer is dat gekeken moet worden naar de *omvang van de opdracht, mede in relatie tot de EU drempelbedragen*. In de zaak Tecnoedi leek het Hof van Justitie (net als het gerechtshof ten aanzien van het overbruggingskrediet) immers van belang te achten dat de waarde van de opdracht (ver) onder die drempel bleef. In de zaak Belgacom (425 miljoen euro) en bij de concessieovereenkomst van RET Services (ongeveer 100 miljoen euro) was de waarde van de opdracht juist zo hoog dat alleen al daardoor een grensoverschrijdend belang aannemelijk was. Daar kan tegenin gebracht worden dat ook bij een zeer hoge opdrachtsom buitenlandse interesse niet vanzelfsprekend is en dat in de praktijk andere kenmerken van de opdracht belangrijk(er) zijn. Die andere kenmerken moeten dan in een rechtszaak wel goed voor het voetlicht kunnen worden gebracht. Dat is in de zaak van RET Services kennelijk niet gelukt.

Het aanhaken bij de drempelbedragen helpt de rechtszekerheid. Wanneer rechters als uitgangspunt hanteren dat bij opdrachten met een waarde onder het drempelbedrag een grensoverschrijdend belang weinig aannemelijk is, terwijl opdrachten waarvan de waarde de drempelbedragen (ruim) overschrijdt een grensoverschrijdend belang wel aannemelijk is, dan vermindert dit de onzekerheid. Het is uit oogpunt van rechtszekerheid dan ook hoopgevend dat zowel het gerechtshof in de zaak van RET Services als het Hof van Justitie in het Tecnoedi-arrest voor een toets van grensoverschrijdend belang verwijzen naar de EU drempelbedragen.

Het gerechtshof noemde in haar arrest over de concessieovereenkomst verder als relevante omstandigheid dat de drie grote spelers op deze markt in Nederland *onderdeel zijn van buitenlandse concerns*. Die omstandigheid is, voor zover mij bekend (ik heb dit niet onderzocht), (nog) niet als relevante omstandigheid terug te vinden in de rechtspraak van het Hof van Justitie. Dit is een belangrijk punt. In de praktijk zijn er immers maar weinig inschrijvingen op Nederlandse aanbestedingen door buitenlandse inschrijvers, maar juist zeer veel inschrijvingen door dochterondernemingen van buitenlandse concerns. Het aantal aanbestedingen met een grensoverschrijdend belang vanwege belangstelling van buitenlandse ondernemingen is met andere woorden veel kleiner dan het grensoverschrijdende belang door interesse van Nederlandse groepsmaatschappijen van buitenlandse concerns. De lat wordt wel erg laag gelegd wanneer aan de band van Nederlandse spelers met buitenlandse concerns een zwaar gewicht zou worden gehecht.

Het *opvoeren als mede-eiser van de buitenlandse moederonderneming* maakte bij het gerechtshof, zoals te verwachten was, weinig indruk. Het gerechtshof leidde daar niet uit af dat een buitenlandse partij de moeite zou nemen om kosten te maken voor een overbruggingsovereenkomst. Mogelijk liet het gerechtshof zich daarbij leiden door de overweging in het Tecnoedi-arrest dat gewaakt moet worden voor schijnklachten (ervan uitgaande dat dit arrest ten tijde van de uitspraak al gepubliceerd was en dus bij de rechters bekend kon zijn).

De *afstand tussen de vestigingsplaats van de aanbestedder en het buitenland* kan zeker een rol spelen, maar zal dat bij een lidstaat met een kleine oppervlakte als Nederland in de praktijk alleen bij kleinere opdrachten doen. De overweging van de rechtbank Rotterdam in haar vonnis van 9 juni 2016 dat de afstand van Rotterdam tot de grens te groot is voor een grensoverschrijdend belang van de concessieovereenkomst lijkt mij onjuist. Die overweging past ook niet goed bij het arrest in de zaak Tecnoedi waarin het Hof van Justitie het belang van afstanden lijkt te relativeren.

Belangrijker lijkt mij om te toetsen of de *kosten en lasten van deelname aan de aanbesteding en de kosten, lasten en risico's van uitvoering van een overeenkomst in verhouding staan tot de te verwachten opbrengsten*. Een dergelijke toets benadert waarschijnlijk het best de afweging die buitenlandse ondernemers in de praktijk maken voorafgaand aan een besluit om al dan niet aan een aanbesteding mee te doen. In dat kader zou mijns inziens ook de *belangstelling voor soortgelijke aanbestedingen in het verleden* meegewogen kunnen worden. Wanneer er geen voorbeelden zijn van buitenlandse deelname aan soortgelijke aanbestedingen in het verleden, dan ligt het mijns inziens voor de hand dat een op de te verwachten kosten, risico's en opbrengsten gebaseerde toets niet op een grensoverschrijdend belang zal duiden. Het gerechtshof probeert ten aanzien van de overbruggingsovereenkomst een realistische afweging te maken: is buitenlandse interesse voor een korte overbruggingsovereenkomst werkelijk aannemelijk? Door in het Tecnoedi-arrest op deze lasten te wijzen opent ook het Hof van Justitie de deur voor een meer realistische benadering, waarin niet wordt volstaan met een verwijzing naar de omvang van een opdracht maar waarbij ook andere kenmerken van de opdracht worden meegewogen evenals praktische overwegingen die buitenlandse partijen bij hun beslissing om al dan niet in te schrijven zullen maken. Het gerechtshof, dat ten aanzien van de concessieovereenkomst zwaar leunde op de omvang van de opdracht, had in haar arrest van 25 oktober 2016 wat mij betreft de lat dan ook wat hoger kunnen leggen voor JCDecaux.

De overbruggingsovereenkomst

Het arrest van 7 maart 2017 is ten slotte van belang omdat bij veel in rechte afgedwongen (her)aanbestedingen overbruggingsovereenkomsten onderhands gesloten worden met de zittende leverancier of dienstverlener. Dergelijke overeenkomsten staan op gespannen voet met de beginselen van transparantie en gelijke behandeling, zeker wanneer de lopende (aanbestede) overeenkomst niet in een verlenging door onderhandse gunning voorziet. Concurrenten worden immers uitgesloten en missen een kans op die opdracht. De praktische bezwaren tegen een aanbesteding van overbruggingsovereenkomsten zijn echter meestal zodanig dat in het kader van een belangenafweging een rechter moet kunnen afzien van ingrijpen. Dat was ook bij de overbruggingsovereenkomst met Exterior het geval. Het is ook terecht dat het gerechtshof heeft geoordeeld dat de overbruggingsovereenkomst niet langer mag duren dan voor een overbrugging tussen de datum van een uitspraak en de afronding van een aanbesteding van de concessie-overeenkomst nodig is. Dat is een mooie stok achter de deur die ervoor zal zorgen dat RET Services extra haar best zal doen om de aanbesteding van de concessieovereenkomst voor 1 juli 2017 af te ronden. Na tien jaar wachten kan JCDecaux dan eindelijk haar krachten meten met die van Exterior!

mr. M.J.J.M. Essers, Essers Advocaten

Hof van Justitie EU
5 april 2017, nr. C-298/15, ECLI:EU:C:2017:266
(mr. Da Cruz Vilaça, mr. Tizzano, mr. Borg
Barthet, mr. Levits, mr. Biltgen)
Noot mr. C.G. van Blaaderen

Beroep op derden/onderaannemers. Toelaatbaarheid geschiktheidseisen. Vereiste dat de bijdrage van elke deelnemer evenredig is aan zijn bijdrage aan het bewijs van beroepsbekwaamheid. Tussentijdse wijziging geschiktheidseisen. Transparantieplichting. Non-discriminatiebeginsel.

[Richtlijn 2004/17/EG art. 54 lid 16;
VWEU art. 49, 56]

Het verzoek om een prejudiciële beslissing is ingediend in het kader van een geding over de rechtmatigheid van het bestek voor de overheidsopdracht voor werken voor de renovatie van de kades van deze haven.

Eerste vraag, onder a)

Met zijn eerste vraag, onder a), wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of richtlijn 2004/17 aldus moet worden uitgelegd dat zij in de weg staat aan een bepaling van een nationale regeling als artikel 24, lid 5, van de wet betreffende overheidsopdrachten, waarin wordt bepaald dat indien een beroep wordt gedaan op onderaannemers om een overheidsopdracht voor werken uit te voeren, het hoofdgedeelte van de werken, dat als zodanig is omschreven door de aanbestedende dienst, door de gekozen inschrijver zelf moet worden uitgevoerd.

Niet kan worden geoordeeld dat artikel 24, lid 5, van de wet betreffende overheidsopdrachten, wanneer het wordt toegepast op opdrachten die niet binnen de werkingssfeer van richtlijn 2004/17 vallen, daarnaar rechtstreeks en onvoorwaardelijk verwijst. Uitlegging van deze richtlijn is voor het antwoord op de vraag niet gerechtvaardigd, maar het Hof kan de verwijzende rechter een bruikbaar antwoord geven rekening houdend met het VWEU, inzonderheid de artikelen 49 en 56 ervan.

Een nationale bepaling als artikel 24, lid 5, van de wet betreffende overheidsopdrachten kan de deelname van in andere lidstaten gevestigde ondernemers aan de procedure voor het plaatsen of aan de uitvoering van een overheidsopdracht als

aan de orde in het hoofdgeding onmogelijk maken, belemmeren of minder aantrekkelijk maken. Deze bepaling beperkt derhalve de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverrichting.

Niettemin kan een dergelijke beperking gerechtvaardigd zijn voor zover daarmee een legitiem doel van algemeen belang wordt nagestreefd en zij het evenredigheidsbeginsel eerbiedigt. Wat in de eerste plaats de doelstelling inzake de correcte uitvoering van de werken betreft, zij vastgesteld dat deze legitiem is. De bepaling gaat echter verder dan noodzakelijk om dat doel te bereiken, doordat zij op algemene wijze verbiedt om een beroep op onderaanneming te doen voor de werken die de aanbestedende dienst als het „hoofdgedeelte” heeft aangemerkt. Wat in de tweede plaats de rechtvaardiging betreft die is ontleend aan het aanmoedigen van ondernemingen in het midden- en kleinbedrijf om aan een opdracht deel te nemen als mede-inschrijvers, in plaats van als onderaannemers, is het inderdaad niet uitgesloten dat een dergelijke doelstelling, in bepaalde omstandigheden en onder bepaalde voorwaarden, een legitieme doelstelling kan zijn. Hoe dan ook geeft geen van de elementen waarover het Hof beschikt echter aan waarom een bepaling van een nationale regeling, als artikel 24, lid 5, van de wet betreffende overheidsopdrachten, noodzakelijk zou zijn om dit doel te verwezenlijken.

De artikelen 49 en 56 VWEU moeten aldus worden uitgelegd dat ze in de weg staan aan deze nationale bepaling.

Tweede vraag

Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of richtlijn 2004/17 en, inzonderheid, de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie en de transparantieplichting, die uit deze richtlijn voortvloeien, aldus moeten worden uitgelegd dat de aanbestedende dienst op basis daarvan, na de publicatie van de aankondiging van de opdracht, bepaalde bedingen van het bestek, zoals het in het hoofdgeding aan de orde zijnde punt 4.3, kan wijzigen, wanneer deze dienst vanwege de aangebrachte wijzigingen, die zijn aangekondigd middels een publicatie in het Publicatieblad van de Europese Unie, de termijn voor het indienen van de inschrijvingen heeft verlengd.

Om dezelfde reden als de eerste vraag, onder a), dient deze vraag te worden beantwoord in het licht van het VWEU.

Uit de rechtspraak van het Hof vloeit tevens voort dat de aanbestedende dienst in beginsel in de loop van de gunningsprocedure de betekenis niet mag wijzigen van de belangrijkste voorwaarden van de opdracht – waaronder de technische specificaties en de gunningscriteria – waarop de belanghebbende ondernemers zich rechtmatig hebben gebaseerd voor hun beslissing, een inschrijving voor te bereiden of juist van deelname aan de procedure voor het plaatsen van de betrokken opdracht af te zien. Niettemin volgt daaruit niet dat elke wijziging van het bestek na de publicatie van de aankondiging van de opdracht, principieel en in alle omstandigheden, verboden is. Het moet de aanbestedende dienst onder meer zijn toegestaan om bepaalde wijzigingen aan het bestek aan te brengen, met name wat de voorwaarden en de modaliteiten voor het combineren van de beroepsbekwaamheid betreft, mits de beginselen van non-discriminatie en gelijke behandeling en de transparantieverplichting worden geëerbiedigd.

Dit vereiste betekent, ten eerste, dat de betrokken wijzigingen weliswaar aanzienlijk mogen zijn, maar niet dermate wezenlijk dat zij potentiële inschrijvers zouden hebben aangetrokken die zonder deze wijzigingen geen offerte zouden kunnen indienen. Ten tweede impliceert dit vereiste dat deze wijzigingen passend worden bekendgemaakt. Ten derde veronderstelt dit vereiste bovendien dat die wijzigingen vóór de indiening van de offertes door de inschrijvers worden aangebracht, en voorts dat de termijn voor de indiening van deze inschrijvingen wordt verlengd wanneer het om aanzienlijke wijzigingen gaat, dat de duur van deze verlenging afhankelijk is van het belang van deze wijzigingen, en dat deze duur volstaat om de belangstellende ondernemers toe te staan hun inschrijving dienvolgt aan te passen.

Eerste vraag, onder b)

Met zijn eerste vraag, onder b), wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of richtlijn 2004/17 aldus moet worden uitgelegd dat zij in de weg staat aan een beding van een bestek, zoals het in het hoofdgeding aan de orde zijnde punt 4.3, dat vereist dat wanneer een gezamenlijke offerte wordt ingediend door meerdere inschrijvers, de bijdrage van elke inschrijver om te voldoen aan de vereisten inzake beroepsbekwaamheid evenredig is aan het deel van de werken dat hij daadwerkelijk zal uitvoeren indien de betrokken opdracht hem wordt gegund.

Het kan niet worden uitgesloten dat, gelet op het technische karakter en het belang van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde werken, de correc-

te uitvoering ervan vereist dat indien meerdere inschrijvers een gezamenlijke offerte indienen, elk van deze inschrijvers de specifieke taken uitvoert die, gelet op het voorwerp en de aard van deze werken of taken, overeenstemmen met zijn eigen beroepsbekwaamheid. Dit lijkt echter niet de draagwijdte van punt 4.3 van het in het hoofdgeding aan de orde zijnde bestek te zijn. Dit punt vereist immers een louter rekenkundige overeenstemming tussen de bijdrage van elke betrokken inschrijver om te voldoen aan de toepasselijke vereisten inzake beroepsbekwaamheid en het deel van de werken waarvan hij zich tot uitvoering verbindt en dat hij daadwerkelijk zal uitvoeren bij gunning van de opdracht.

Daaruit volgt dat punt 4.3 van het in het hoofdgeding aan de orde zijnde bestek niet geschikt is om de verwezenlijking van de nagestreefde doelstellingen te garanderen. Bijgevolg dient te worden geoordeeld dat de uit dit punt voortvloeiende beperking van het in artikel 54, lid 6, van richtlijn 2004/17 vastgestelde recht niet gerechtvaardigd is gelet op het voorwerp en de doelstelling van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde opdracht.

Borta” UAB

tegen

Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija VĮ,

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water en energievoorziening, vervoer en postdiensten (PB 2004, L 134, blz. 1), zoals gewijzigd bij verordening (EU) nr. 1336/2013 van de Commissie van 13 december 2013 (PB 2013, L 335, blz. 17; hierna: „richtlijn 2004/17”).

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen „Borta” AB (hierna: „Borta”) en de Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija VĮ (havenautoriteit van de nationale zeehaven Klaipėda, Litouwen) (hierna: „havenautoriteit”) over de rechtmatigheid van het bestek voor de overheidsopdracht voor werken voor de renovatie van de kades van deze haven.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

3 In overweging 9 van richtlijn 2004/17 heet het: „(9) Om de openstelling voor mededinging te garanderen van overheidsopdrachten die gegund zijn door diensten die werkzaam zijn in de secto-

ren water en energievoorziening, vervoer en postdiensten, is het raadzaam om voor opdrachten boven een bepaalde waarde bepalingen voor coördinatie door de Gemeenschap op te stellen. [...] Voor overheidsopdrachten waarvan de waarde lager is dan de drempelwaarde voor de toepassing van de bepalingen inzake coördinatie door de Gemeenschap, is het raadzaam te verwijzen naar de jurisprudentie van het Hof van Justitie, volgens welke de voorschriften en beginselen van [het] Verdrag van toepassing zijn.”

4 Artikel 16 van die richtlijn luidt:

„[...] [De] richtlijn is van toepassing op opdrachten [...] waarvan de geraamde waarde exclusief belasting over de toegevoegde waarde (btw) gelijk is aan of groter dan de volgende drempelbedragen: [...]

b) 5 186 000 EUR voor opdrachten voor de uitvoering van werken.”

5 Artikel 37 van die richtlijn bepaalt:

„In het bestek kan de aanbestedende dienst de inschrijver verzoeken (of kan zij daartoe door een lidstaat verplicht worden) in zijn inschrijving aan te geven welk gedeelte van de opdracht hij eventueel voornemens is aan derden in onderaanneming te geven en welke onderaannemers hij voorstelt. Deze mededeling laat de aansprakelijkheid van de leidende ondernemer onverlet.”

6 Artikel 38 van richtlijn 2004/17 luidt:

„Aanbestedende diensten kunnen speciale voorwaarden verbinden aan de uitvoering van een opdracht, mits dergelijke voorwaarden met het Gemeenschapsrecht verenigbaar zijn en in de oproep tot mededinging of het bestek vermeld zijn. [...]”

7 Artikel 54 van die richtlijn bepaalt:

„1. De aanbestedende diensten die selectiecriteria bij een openbare procedure opstellen, doen dit volgens objectieve regels en criteria die aan de belangstellende ondernemers ter beschikking worden gesteld.

[...]

6. Wanneer de in [lid] 1 [...] bedoelde criteria eisen omvatten betreffende de technische bekwaamheid en/of beroepsbekwaamheid van de ondernemer, kan deze zich in voorkomend geval en voor welbepaalde opdrachten beroepen op de bekwaamheid van andere diensten, ongeacht de juridische aard van zijn banden met die diensten. In dat geval moet hij ten behoeve van de aanbestedende dienst aantonen dat hij kan beschikken over de voor de uitvoering van de opdracht

noodzakelijke middelen, bijvoorbeeld door overlegging van de verbintenis van deze diensten om de ondernemer de nodige middelen ter beschikking te stellen.

Onder dezelfde voorwaarden kan een combinatie van ondernemers zoals bedoeld in artikel 11, zich beroepen op de draagkracht van de deelnemers aan de combinatie of andere diensten.”

8 Bijlage XVI bij die richtlijn, met als opschrift „Gegevens die in aankondigingen van geplaatste overheidsopdrachten moeten worden opgenomen”, bepaalt in deel I ervan:

„I. In het *Publicatieblad van de Europese [Unie]* te publiceren gegevens:

[...]

10. Indien van toepassing, vermelding of de opdracht in onderaanbesteding kon of kan worden gegeven.

[...]

13. Facultatieve gegevens:

– waarde en deel van de opdracht die aan derden in onderaanbesteding kon of kan worden gegeven; [...]

Litouws recht

Litouwse wet betreffende overheidsopdrachten

9 Artikel 24, lid 5, van de Lietuvos Respublikos Viešųjų pirkimų įstatymas (Litouwse wet betreffende overheidsopdrachten; hierna: „wet betreffende overheidsopdrachten”) luidt:

„De aanbestedingsstukken moeten de gegadigde of inschrijver verplichten in zijn inschrijving aan te geven welke onderaannemers [...] hij voorstelt en kunnen de gegadigde of inschrijver verplichten in zijn inschrijving aan te geven welk deel van de opdracht hij voornemens is in onderaanneming [...] te geven. Indien een beroep wordt gedaan op onderaannemers om een overheidsopdracht voor werken uit te voeren, moet het hoofdgedeelte van de werken, dat als zodanig is omschreven door de aanbestedende dienst, worden uitgevoerd door de gekozen inschrijver. [...]”

10 Artikel 27, lid 4, van de wet betreffende overheidsopdrachten bepaalt:

„De aanbestedende dienst mag vóór de uiterste termijn voor het indienen van inschrijvingen de aanbestedingsstukken verduidelijken (nader omschrijven).”

11 Volgens artikel 32, lid 3, van de wet betreffende overheidsopdrachten kan een inschrijver in voorkomend geval in het kader van een specifieke aanbesteding een beroep doen op de bekwaamheid van andere ondernemers, ongeacht de juridi-

sche aard van zijn banden met hen. In dit geval moet de inschrijver aan de aanbestedende dienst aantonen dat hij bij de uitvoering van de opdracht over deze middelen kan beschikken. Onder dezelfde voorwaarden kan een combinatie van ondernemers zich beroepen op de draagkracht van haar leden of andere ondernemers.

In het hoofdingen aan de orde zijnde bestek

12 Punt 3.1.2 van het in het hoofdingen aan de orde zijnde bestek, betreffende de vereisten inzake de beroepsbekwaamheid van de inschrijvers, luidt: „De gemiddelde jaaromzet van de inschrijvers voor werk dat verband houdt met het hoofdingen van de bouw en installatiewerken (bouw of renovatie van zeekades) over de afgelopen vijf jaar of over de periode sinds de inschrijving in het handelsregister van de inschrijver (in het geval de inschrijver minder dan vijf jaar actief is) bedraagt ten minste 5 000 000 [Litouwse litas] LTL (1 448 100,09 EUR), exclusief btw.”

13 Punt 4.2.3 van dat bestek, dat de indiening van een gezamenlijke offerte door verschillende inschrijvers in het kader van een combinatieovereenkomst regelt, bepaalt:

„De verplichtingen van de partners die optreden in het kader van de uitvoering van de opdracht en het procentuele aandeel van deze verplichtingen moeten krachtens een combinatieovereenkomst worden bepaald [...]. [Deze] verdeling van de hoeveelheid diensten verbindt enkel de partners en brengt geen verplichtingen mee voor de klant ([de havenautoriteit]).”

14 Punt 4.3 van dat bestek, in de versie na de verschillende wijzigingen ervan, luidt:

„Wanneer de inschrijvers een offerte indienen in het kader van een combinatieovereenkomst, moet aan de vereisten van [punt] 3.2.1 [...] van dit bestek worden voldaan door ten minste één partner [bij die overeenkomst] of door alle partners die hun activiteiten uitoefenen in het kader van deze overeenkomst [...] gezamenlijk. De bijdrage van een partner (hoeveelheid voltooid werk) in het kader van de [combinatieovereenkomst] moet evenredig zijn aan zijn bijdrage [...] aan de nakoming van het vereiste [van punt] 3.2.1 van dit bestek en aan de hoeveelheid werk die hij zal uitvoeren indien de opdracht effectief wordt gegund (in het kader van de uitvoering van de opdracht). [...] Ingevolge artikel 24, lid 5, van de wet [...] betreffende overheidsopdrachten, verklaart de havenautoriteit dat het hoofdingen van de werken bestaat uit punt 1.2.8 van de afdeling ‚Bouw’ van het

quantabestek en dat deze werken derhalve moet worden uitgevoerd door de gekozen inschrijver zelf.”

15 Punt 4.4 van dat bestek bepaalt dat indien een beroep wordt gedaan op onderaannemers, de inschrijver moet aangeven welke hoeveelheid werk deze zullen uitvoeren, binnen de grenzen van de „niet als het hoofdingen” aangemerkte werken, en voegt daaraan toe dat de ervaring van deze onderaannemers niet in aanmerking wordt genomen om na te gaan of aan de vereisten van punt 3.2.1 is voldaan.

16 Op basis van punt 7.2 van dat bestek kan de havenautoriteit, op haar initiatief, de aanbestedingsdocumenten nader uitwerken vóór het verstrijken van de termijn voor het indienen van de inschrijvingen.

Hoofdingen en prejudiciële vragen

17 Op 2 april 2014 heeft de havenautoriteit een aanbesteding voor het plaatsen, via een openbare procedure, van een overheidsopdracht voor werken voor de renovatie van de kades van de nationale zeehaven van Klaipėda (Litouwen) gepubliceerd. Deze aanbesteding is op 5 april 2014 ook gepubliceerd in het *Publicatieblad van de Europese Unie*. Borta heeft deelgenomen aan de gunningsprocedure voor deze opdracht.

18 In de oorspronkelijke versie van punt 4.3 van het in het hoofdingen aan de orde zijnde bestek was het bepaalde in artikel 24, lid 5, van de wet betreffende overheidsopdrachten met betrekking tot onderaanneming overgenomen, en was bovendien bepaald dat wanneer een gezamenlijke offerte werd ingediend door meerdere inschrijvers in het kader van een combinatieovereenkomst overeenkomstig punt 4.2.3 van dit bestek (hierna: „gezamenlijke inschrijving” of „gezamenlijke offerte”), aan de vereisten inzake beroepsbekwaamheid van punt 3.2.1 van het bestek diende te worden voldaan door alle inschrijvers gezamenlijk of door één ervan.

19 Na twee opeenvolgende wijzigingen – waarvan één op initiatief van de havenautoriteit en de andere nadat Borta bezwaren had geformuleerd – wordt in dit punt 4.3 aan deze voorschriften toegevoegd dat indien een dergelijke gezamenlijke inschrijving wordt ingediend, de bijdrage van elke inschrijver om te voldoen aan de voornoemde vereisten evenredig moet zijn aan het deel van de werken waarvan hij zich tot uitvoering verbindt

overeenkomstig de combinatieovereenkomst en die hij daadwerkelijk zal uitvoeren bij gunning van de opdracht.

20 Vanwege deze wijzigingen, die werden aangekondigd middels een publicatie in het *Publicatieblad van de Europese Unie*, heeft de havenautoriteit de termijn voor de indiening van de inschrijvingen verlengd.

21 Nadat de havenautoriteit nieuwe bezwaren van Borta tegen deze laatste wijziging had afgewezen, heeft deze onderneming bij de Klaipėdos apygardos teismas (regionale rechter Klaipėda, Litouwen) beroep tot vernietiging van voormeld punt 4.3 ingesteld, waarbij zij opkwam tegen zowel de rechtmatigheid van de inhoud van dit punt, als de mogelijkheid zelf voor de havenautoriteit om het te wijzigen. Na verwerping van dit beroep bij beslissing van deze rechter van 18 augustus 2014, bevestigd in hoger beroep bij beslissing van de Lietuvos apeliacinis teismas (appelrechter, Litouwen) van 13 november 2014, heeft Borta cassatieberoep ingesteld bij de Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (hoogste rechter in burgerlijke en strafzaken, Litouwen).

22 Ter beslechting van het bij hem aanhangige geschil, vraagt deze rechter zich af of artikel 24, lid 5, van de wet betreffende overheidsopdrachten, waarnaar punt 4.3 van het in het hoofdgeding aan de orde zijnde bestek verwijst, verenigbaar is met het Unierecht, inzonderheid met richtlijn 2004/17, voor zover dit artikel het beroep op onderaanneming verbiedt voor werken die de aanbestedende dienst aanmerkt als het „hoofdgedeelte” van de werken. Hij twijfelt ook aan de rechtmatigheid van dit punt 4.3, zoals gewijzigd, in het licht van deze richtlijn, aangezien dit punt vereist dat wanneer een gezamenlijke offerte wordt ingediend door meerdere inschrijvers, de bijdrage van elke inschrijver om te voldoen aan de toepasselijke vereisten inzake beroepsbekwaamheid evenredig moet zijn aan het deel van de werken dat hij daadwerkelijk zal uitvoeren bij gunning de opdracht. In dit kader vraagt de verwijzende rechter zich bovendien nog af of de havenautoriteit de eerste versie van dit punt mocht wijzigen na de publicatie van de aankondiging van de opdracht, zonder schending van die richtlijn, en – inzonderheid – het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieverplichting, die daaruit voortvloeien.

23 Volgens die rechter is het Hof bevoegd om, bij wege van prejudiciële beslissing, uitspraak te doen over die vragen. De waarde van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde opdracht is inderdaad lager dan de in artikel 16, onder b), van richtlijn 2004/17 vastgestelde drempel van 5 186 000 EUR, waaronder deze richtlijn niet van toepassing is. Echter, ten eerste heeft deze opdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang, zoals blijkt uit de deelname van twee buitenlandse ondernemingen – waaronder de gekozen inschrijver – aan de gunningsprocedure en uit de publicatie van de aanbesteding in het *Publicatieblad van de Europese Unie*. Ten tweede heeft de havenautoriteit deze aanbesteding in ieder geval willen onderwerpen aan de regels die golden voor de overheidsopdrachten bedoeld in richtlijn 2004/17, en heeft de Litouwse wetgever ervoor gekozen om bepaalde door deze richtlijn vastgestelde regels uit te breiden tot opdrachten met een waarde beneden de voornoemde drempel.

24 Daarop heeft de Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (hoogste rechter in burgerlijke en strafzaken, Litouwen) de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Moeten de artikelen 37, 38, 53 en 54 van richtlijn 2004/17 samen of afzonderlijk (maar zonder beperking tot de voornoemde bepalingen) aldus worden begrepen en uitgelegd dat:

a) zij in de weg staan aan een nationale regel krachtens welke, in het geval onderaannemers worden uitgenodigd voor de uitvoering van werken, het hoofdgedeelte van het werk dat als zodanig is aangewezen door de aanbestedende dienst, door de gekozen inschrijver moet worden uitgevoerd?

b) zij in de weg staan aan een regeling die in de aanbestedingsstukken is vastgesteld met betrekking tot het combineren van de beroepsbekwaamheid van leveranciers, zoals die welke door de aanbestedende dienst in [het] bestreden [...] bestek is vastgesteld, die vereist dat het gedeelte dat de beroepsbekwaamheid van de betreffende ondernemer (een deelnemer aan de combinatie[overeenkomst]) vertegenwoordigt, moet overeenkomen met het specifieke gedeelte van het werk dat hij daadwerkelijk op grond van de overheidsopdracht zal uitvoeren?

2) Moeten de artikelen 10, 46 en 47 van richtlijn 2004/17 samen of afzonderlijk (maar zonder beperking tot de voornoemde bepalingen) aldus worden begrepen en uitgelegd dat:

a) het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers en het transparantiebeginsel niet worden geschonden in het geval de aanbestedende dienst:

- in eerste instantie in de aanbestedingsstukken voorziet in een algemene mogelijkheid tot het combineren van de beroepsbekwaamheid van leveranciers, maar niet formuleert hoe aan deze mogelijkheid uitvoering moet worden gegeven;
- vervolgens in de loop van de aanbestedingsprocedure de vereisten op grond waarvan de kwalificaties van leveranciers worden beoordeeld nader formuleert door bepaalde beperkingen op te leggen met betrekking tot het combineren van de beroepsbekwaamheid van leveranciers;

- vanwege deze nadere bepaling van de inhoud van de aan de kwalificaties gestelde vereisten, de [...] termijn voor het indienen van inschrijvingen verlengt en deze verlenging aankondigt in het Publicatieblad?

b) een beperking die wordt gesteld aan het combineren van de beroepsbekwaamheid van leveranciers niet duidelijk op voorhand behoeft te worden aangegeven indien een dergelijke beperking op grond van de bijzondere aard van de activiteiten van de aanbestedende dienst en de bijzondere kenmerken van de overheidsopdracht voorspelbaar en te rechtvaardigen is?"

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Opmerkingen vooraf

25 De Litouwse regering heeft in haar schriftelijke opmerkingen en ter terechtzitting voor het Hof gesteld dat voor het antwoord op de vragen niet alleen rekening moest worden gehouden met richtlijn 2004/17, maar ook met richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van richtlijn 2004/17/EG (PB 2014, L 94, blz. 243), aangezien de Litouwse wetgever ervoor heeft gekozen een aantal bepalingen van richtlijn 2014/25 in zijn nationale recht op te nemen, nog voor deze werd vastgesteld, inzonderheid artikel 79, lid 3, ervan, met betrekking tot onderaanneming.

26 De Europese Commissie was een andere mening toegedaan en heeft aangevoerd dat noch richtlijn 2004/17, noch richtlijn 2014/25 moesten worden uitgelegd, maar dat de vragen moesten worden beantwoord in het licht van de fundamentele regels en algemene beginselen van het VWEU.

27 Wat in de eerste plaats richtlijn 2014/25 betreft, zij er om te beginnen aan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak van het Hof de toepasselijke richtlijn in beginsel die is welke van kracht is op het tijdstip waarop de aanbestedende dienst kiest welk type procedure hij zal volgen en definitief uitmaakt of er voor de gunning van een overheidsopdracht een verplichting bestaat om een voorafgaande oproep tot mededinging te doen. Niet van toepassing zijn daarentegen de bepalingen van een richtlijn waarvan de omzettingstermijn na dat moment is verstreken (zie in die zin arrest van 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz, C 324/14, EU:C:2016:214, punt 83 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

28 In casu is de in het hoofdgeding aan de orde zijnde aanbesteding op 2 april 2014 gepubliceerd, terwijl richtlijn 2014/25 op 17 april 2014 in werking is getreden en richtlijn 2004/17 met ingang van 18 april 2016 heeft ingetrokken, de datum waarop de termijn voor de omzetting ervan was verstreken. Bovendien stelt de Litouwse regering weliswaar dat zij een aantal bepalingen van richtlijn 2014/25 nog vóór de vaststelling ervan in haar nationale recht heeft opgenomen, maar heeft zij in haar schriftelijke opmerkingen ook erkend dat deze richtlijn op het moment van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde relevante feiten nog niet was omgezet.

29 In deze omstandigheden kan voor de beantwoording van de vragen geen rekening worden gehouden met richtlijn 2014/25.

30 Wat in de tweede plaats richtlijn 2004/17 betreft, blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat de waarde van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde opdracht lager is dan de in artikel 16, onder b), van richtlijn 2004/17 vastgestelde drempel van 5 186 000 EUR. Bijgevolg is deze richtlijn niet van toepassing op deze opdracht (zie naar analogie arrest van 16 april 2015, Enterprise Focused Solutions, C 278/14, EU:C:2015:228, punt 15 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

31 Toch is volgens de verwijzende rechter het Hof bevoegd om uitspraak te doen over de gestelde vragen, en de uitlegging van de bepalingen van die richtlijn gerechtvaardigd vanwege de in punt 23 van dit arrest uiteengezette redenen.

32 Ter terechtzitting voor het Hof heeft de Litouwse regering, die het eens is met de analyse van de verwijzende rechter, erop gewezen dat de aanbestedende dienst krachtens de Litouwse regelgeving kan kiezen om op de procedure voor het plaatsen van een opdracht met een waarde beneden de voornoemde drempel hetzij de regels van richtlijn 2004/17 toe te passen, hetzij de vereenvoudigde procedure waarin het nationale recht voor dit soort opdrachten voorziet. Indien die dienst, zoals in casu, kiest voor de eerste optie, dan is hij volgens deze regering verplicht om alle bepalingen van deze richtlijn toe te passen.

33 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat wanneer een nationale wettelijke regeling zich voor haar oplossingen voor situaties waarop de betrokken handeling van de Unie niet van toepassing is, conformeert aan de in deze handeling gekozen oplossingen, de Unie er stellig belang bij heeft dat ter vermijding van uiteenlopende uitleggingen in de toekomst de overgenomen bepalingen van deze handeling op eenvormige wijze worden uitgelegd (zie in die zin arresten van 18 oktober 2012, Nolan, C 583/10, EU:C:2012:638, punt 46, en van 7 november 2013, Romeo, C 313/12, EU:C:2013:718, punt 22).

34 De uitlegging van de bepalingen van een handeling van de Unie in situaties die niet binnen de werkingssfeer ervan vallen is dan ook gerechtvaardigd indien deze bepalingen door het nationale recht op rechtstreekse en onvoorwaardelijke wijze toepasselijk zijn gemaakt op dergelijke situaties, teneinde een gelijke behandeling te verzekeren van deze situaties en situaties die binnen deze werkingssfeer vallen (zie in die zin arresten van 18 oktober 2012, Nolan, C 583/10, EU:C:2012:638, punt 47; van 7 november 2013, Romeo, C 313/12, EU:C:2013:718, punten 22 en 23, en van 14 januari 2016, Ostas celtnieki, C 234/14, EU:C:2016:6, punt 20).

35 Dit neemt niet weg dat ook volgens vaste rechtspraak, wanneer niet is voldaan aan de in de twee voorgaande punten van dit arrest uiteengezette voorwaarden, het Hof, om de rechterlijke instantie die een prejudiciële vraag heeft voorgelegd een bruikbaar antwoord te geven, bepalingen van Unierecht in aanmerking kan nemen waarvan

deze rechter in zijn verzoek om een prejudiciële beslissing geen melding heeft gemaakt (arrest van 16 april 2015, Enterprise Focused Solutions, C 278/14, EU:C:2015:228, punt 17 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

36 Wat meer specifiek het plaatsen van een opdracht betreft die, gelet op de waarde ervan, niet binnen de werkingssfeer van richtlijn 2004/17 valt, kan het Hof rekening houden met de fundamentele regels en algemene beginselen van het VWEU, inzonderheid de artikelen 49 en 56 ervan, en met de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie, alsook de transparantieplichting, die daaruit voortvloeien, voor zover de betrokken opdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont. Voor dergelijke opdrachten blijven deze regels en beginselen immers gelden, ook al is richtlijn 2004/17 daarop niet van toepassing (zie in die zin arresten van 23 december 2009, Serrantoni en Consorzio stabile edili, C 376/08, EU:C:2009:808, punten 22-24; van 18 december 2014, Generali-Providencia Biztosító, C 470/13, EU:C:2014:2469, punt 27, en van 6 oktober 2016, Tecnoedi Costruzioni, C 318/15, EU:C:2016:747, punt 19).

37 In het licht van het voorgaande dient voor elk van de vragen te worden onderzocht of de uitlegging van de bepalingen van richtlijn 2004/17 in casu haar rechtvaardiging vindt in de in de punten 33 en 34 van dit arrest uiteengezette overwegingen, of indien deze vragen dienen te worden beantwoord in het licht van de voornoemde fundamentele regels en algemene beginselen van het VWEU, rekening houdend met de overwegingen in de punten 35 en 36 van dit arrest.

Eerste vraag, onder a)

38 Met zijn eerste vraag, onder a), wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of richtlijn 2004/17 aldus moet worden uitgelegd dat zij in de weg staat aan een bepaling van een nationale regeling als artikel 24, lid 5, van de wet betreffende overheidsopdrachten, waarin wordt bepaald dat indien een beroep wordt gedaan op onderaannemers om een overheidsopdracht voor werken uit te voeren, het hoofdgedeelte van de werken, dat als zodanig is omschreven door de aanbestedende dienst, door de gekozen inschrijver zelf moet worden uitgevoerd.

39 Vooraf zij erop gewezen dat aangaande onderaanneming in richtlijn 2004/17 – in artikel 37 ervan en in bijlage XVI erbij – alleen bepaalde verplichtingen inzake informatie en aansprakelijk-

heid van de inschrijver worden vastgesteld. In artikel 38 ervan wordt daaraan toegevoegd dat aanbestedende diensten speciale voorwaarden kunnen verbinden aan de uitvoering van een opdracht, mits dergelijke voorwaarden met name met het Unierecht verenigbaar zijn.

40 Zoals de verwijzende rechter heeft opgemerkt, bevat deze richtlijn daarentegen geen enkele bepaling met een inhoud die analoog is aan die van artikel 24, lid 5, van de wet betreffende overheidsopdrachten. Bovendien heeft de Litouwse wetgever volgens deze rechter bij de vaststelling van deze bepaling niet aangegeven dat hij rekening heeft gehouden met deze richtlijn.

41 In deze omstandigheden kan niet worden geoordeeld dat artikel 24, lid 5, van de wet betreffende overheidsopdrachten, wanneer het wordt toegepast op opdrachten die niet binnen de werkingsfeer van richtlijn 2004/17 vallen, daarnaar rechtstreeks en onvoorwaardelijk verwijst, in de zin van de in artikel 34 van dit arrest uiteengezette rechtspraak (zie naar analogie arrest van 7 juli 2011, *Agafitei e.a.*, C 310/10, EU:C:2011:467, punt 45).

42 Daaruit volgt dat de uitlegging van deze richtlijn, voor het antwoord op de eerste vraag, onder a), niet gerechtvaardigd is.

43 Niettemin kan het Hof, zoals in de punten 35 en 36 van dit arrest is uiteengezet, om de verwijzende rechter een bruikbaar antwoord te geven, rekening houden met de fundamentele regels en algemene beginselen van het VWEU, inzonderheid de artikelen 49 en 56 ervan, en met de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie, alsook de transparantieplichting, die daaruit voortvloeien, voor zover de betrokken opdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont.

44 Een opdracht kan een dergelijk belang hebben, gelet op met name het aanzienlijke bedrag ervan, in combinatie met de specifieke kenmerken ervan of de plaats van uitvoering van de werken. Tevens kan rekening worden gehouden met het belang van in andere lidstaten gevestigde ondernemers, mits dit reëel en niet fictief is (zie in die zin arrest van 16 april 2015, *Enterprise Focused Solutions*, C 278/14, EU:C:2015:228, punt 20 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

45 In casu heeft de verwijzende rechter vastgesteld dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde opdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont. Zoals de advocaat-generaal in punt 37

van haar conclusie heeft opgemerkt, is de waarde van deze opdracht weliswaar lager dan de in artikel 16, onder b), van richtlijn 2004/17 vastgestelde drempel, maar toch relatief hoog. Bovendien betreft deze opdracht – zoals de Litouwse regering heeft benadrukt – de bouw van de kades van een zeehaven die van strategisch belang is voor de nationale veiligheid. Voorts blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat twee buitenlandse ondernemingen, waaronder de gekozen inschrijver, aan de aanbestedingsprocedure hebben deelgenomen.

46 Daaruit volgt dat de eerste vraag, onder a), dient te worden beantwoord in het licht van de fundamentele regels en algemene beginselen van het VWEU, inzonderheid de artikelen 49 en 56 ervan. In het bijzonder dient, om de verwijzende rechter een bruikbaar antwoord te geven, te worden nagegaan of een nationale regeling als artikel 24, lid 5, van de wet betreffende overheidsopdrachten, geen ongerechtvaardigde belemmering kan vormen voor de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten.

47 Hiertoe zij eraan herinnerd dat de artikelen 49 en 56 VWEU in de weg staan aan elke nationale maatregel die, zelfs wanneer hij zonder discriminatie op grond van nationaliteit van toepassing is, het gebruik van de vrijheid van vestiging en van dienstverrichting onmogelijk kan maken, kan belemmeren of minder aantrekkelijk kan maken (arresten van 27 oktober 2005, *Contse e.a.*, C 234/03, EU:C:2005:644, punt 25; van 23 december 2009, *Serrantoni en Consorzio stabile edili*, C 376/08, EU:C:2009:808, punt 41, en van 8 september 2016, *Politanò*, C 225/15, EU:C:2016:645, punt 37).

48 Het is in het belang van de Unie dat overheidsopdrachten, met inbegrip van overheidsopdrachten die niet vallen onder richtlijn 2004/17, voor een zo ruim mogelijke mededinging worden opengesteld (zie in die zin arresten van 10 juli 2014, *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*, C 358/12, EU:C:2014:2063, punt 29, en van 28 januari 2016, *CASTA e.a.*, C 50/14, EU:C:2016:56, punt 55). Het beroep op onderaanneming, dat de toegang van ondernemingen in het midden en kleinbedrijf tot overheidsopdrachten kan bevorderen, draagt bij tot de verwezenlijking van deze doelstelling.

49 Een nationale bepaling als artikel 24, lid 5, van de wet betreffende overheidsopdrachten kan de deelname van in andere lidstaten gevestigde ondernemers aan de procedure voor het plaatsen of

aan de uitvoering van een overheidsopdracht als aan de orde in het hoofdingeding echter onmogelijk maken, belemmeren of minder aantrekkelijk maken, omdat zij het deze ondernemers onmogelijk maakt alle of een deel van de werken die de aanbestedende dienst heeft aangemerkt als het „hoofdedeelte” van de werken in onderaanneming te geven, dan wel voor dit deel van de werken hun diensten aan te bieden als onderaannemers.

50 Deze bepaling beperkt derhalve de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverrichting.

51 Niettemin kan een dergelijke beperking gerechtvaardigd zijn voor zover daarmee een legitiem doel van algemeen belang wordt nagestreefd en zij het evenredigheidsbeginsel eerbiedigt, dat wil zeggen dat zij geschikt is om de verwezenlijking van dat doel te verzekeren en niet verder gaat dan noodzakelijk is om dat doel te bereiken (zie in die zin arresten van 27 oktober 2005, *Contse e.a.*, C 234/03, EU:C:2005:644, punt 25, en van 23 december 2009, *Serrantoni en Consorzio stabile edili*, C 376/08, EU:C:2009:808, punt 44).

52 In het hoofdingeding blijkt uit het dossier waarover het Hof beschikt, ten eerste, dat artikel 24, lid 5, van de wet betreffende overheidsopdrachten beoogt een correcte uitvoering van de werken te waarborgen. Zo is deze bepaling onder meer vastgesteld om een bestaande praktijk tegen te gaan die erin bestond dat een inschrijver zich beroep op een beroepsbekwaamheid alleen om de betrokken opdracht binnen te halen, met het voornemen om de werken niet zelf uit te voeren, maar deze grotendeels of nagenoeg volledig aan onderaannemers toe te vertrouwen, welke praktijk de kwaliteit en de goede uitvoering van de werken aantastte. Ten tweede beoogt artikel 24, lid 5, van de wet betreffende overheidsopdrachten, door het beroep op onderaanneming te beperken tot werken die „niet als het hoofdedeelte” van de werken zijn aangemerkt, de deelname van ondernemingen in het midden- en kleinbedrijf aan overheidsopdrachten als mede-inschrijvers van een combinatie van ondernemers, in plaats van als onderaannemers, aan te moedigen.

53 Wat in de eerste plaats de doelstelling inzake de correcte uitvoering van de werken betreft, zij vastgesteld dat deze legitiem is.

54 Hoewel het niet is uitgesloten dat een dergelijke doelstelling bepaalde beperkingen aan het beroep op onderaanneming kan rechtvaardigen (zie in die zin arresten van 18 maart 2004, *Siemens en*

ARGE Telekom, C 314/01, EU:C:2004:159, punt 45, en van 14 juli 2016, *Wrocław – Miasto na prawach powiatu*, C 406/14, EU:C:2016:562, punt 34), dient echter te worden vastgesteld dat een bepaling van een nationale regeling als artikel 24, lid 5, van de wet betreffende overheidsopdrachten verder gaat dan noodzakelijk is om dat doel te bereiken, doordat zij op algemene wijze verbiedt om een beroep op onderaanneming te doen voor de werken die de aanbestedende dienst als het „hoofdedeelte” heeft aangemerkt.

55 Dit verbod geldt immers ongeacht de economische sector waarop de aan de orde zijnde opdracht betrekking heeft, de aard van de werken en de kwalificaties van de onderaannemers. Bovendien laat een dergelijk algemeen verbod geen ruimte voor een beoordeling per geval door die dienst.

56 De aanbestedende dienst blijft weliswaar vrij om de werken die als het „hoofdedeelte” moeten worden aangemerkt, te omschrijven, maar dit neemt niet weg dat hij verplicht is om voor alle opdrachten te bepalen dat alle werken van dit gedeelte door de inschrijvers zelf zullen worden uitgevoerd. Artikel 24, lid 5, van de wet betreffende overheidsopdrachten verbiedt bijgevolg het beroep op onderaanneming voor deze werken, met inbegrip van de gevallen waarin de aanbestedende dienst de bekwaamheid van de betrokken onderaannemers zou kunnen nagaan en na dit onderzoek zou oordelen dat een dergelijk verbod niet noodzakelijk is voor de goede uitvoering van de werken, met name gelet op de aard van de taken die de inschrijver voornemens is aan deze onderaannemers te delegeren.

57 Zoals de advocaat-generaal in punt 51 van haar conclusie heeft opgemerkt, had een alternatieve, minder beperkende maatregel die de verwezenlijking van het beoogde doel waarborgt erin kunnen bestaan van de inschrijvers te vereisen dat zij in hun inschrijving het deel van de opdracht dat en de werken die zij voornemens waren in onderaanneming te geven, de voorgestelde onderaannemers en hun bekwaamheid zouden aangeven. Ook zou kunnen worden gedacht aan onder meer de mogelijkheid voor de aanbestedende dienst om de inschrijvers te verbieden om de onderaannemers te wijzigen indien deze dienst niet de mogelijkheid heeft gehad om vooraf hun identiteit en bekwaamheid na te gaan.

58 Overigens, voor zover de verwijzende rechter en de Litouwse regering stellen dat artikel 24, lid 5, van de wet betreffende overheidsopdrachten is

vastgesteld om een bestaande praktijk tegen te gaan, die erin bestond dat inschrijvers zich beriepen op beroepsbekwaamheid alleen om de betrokken opdracht binnen te halen, met het voornemen om de werken grotendeels of nagenoeg volledig aan onderaannemers toe te vertrouwen, zij opgemerkt dat deze bepaling niet specifiek betrekking heeft op een dergelijke praktijk. Zo verbiedt deze bepaling de inschrijver om de uitvoering van alle werken die de aanbestedende dienst heeft aange-merkt als het „hoofdgedeelte van de werken” te delegeren, met inbegrip van de taken die, proportioneel, slechts een klein deel van deze werken vertegenwoordigen. Deze bepaling gaat bijgevolg verder dan noodzakelijk is om de voornoemde praktijk tegen te gaan.

59 Wat in de tweede plaats de rechtvaardiging betreft die is ontleend aan het aanmoedigen van ondernemingen in het midden en kleinbedrijf om aan een opdracht deel te nemen als mede-inschrijvers, in plaats van als onderaannemers, is het inderdaad niet uitgesloten dat een dergelijke doelstelling, in bepaalde omstandigheden en onder bepaalde voorwaarden, een legitieme doelstelling kan zijn (zie naar analogie, arrest van 25 oktober 2007, Geurts en Vogten, C 464/05, EU:C:2007:631, punt 26).

60 Hoe dan ook geeft geen van de elementen waarover het Hof beschikt echter aan waarom een bepaling van een nationale regeling, als artikel 24, lid 5, van de wet betreffende overheidsopdrachten, noodzakelijk zou zijn om dit doel te verwezenlijken.

61 Gelet op de voorgaande overwegingen dient op de eerste vraag, onder a), te worden geantwoord dat voor een overheidsopdracht die niet binnen de werkingssfeer van richtlijn 2004/17 valt, maar een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont, de artikelen 49 en 56 VWEU aldus moeten worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een bepaling van een nationale regeling als artikel 24, lid 5, van de wet betreffende overheidsopdrachten, waarin wordt bepaald dat indien een beroep wordt gedaan op onderaannemers om een overheidsopdracht voor werken uit te voeren, het hoofdgedeelte van de werken dat als zodanig is omschreven door de aanbestedende dienst, door de gekozen inschrijver zelf moet worden uitgevoerd.

Tweede vraag

62 Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of richtlijn 2004/17 en, inzonderheid, de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie en de transparantie-verplichting, die uit deze richtlijn voortvloeien, aldus moeten worden uitgelegd dat de aanbestedende dienst op basis daarvan, na de publicatie van de aankondiging van de opdracht, bepaalde bedingen van het bestek, zoals het in het hoofdgeding aan de orde zijnde punt 4.3, kan wijzigen, wanneer deze dienst vanwege de aangebrachte wijzigingen, die zijn aangekondigd middels een publicatie in het *Publicatieblad van de Europese Unie*, de termijn voor het indienen van de inschrijvingen heeft verlengd.

63 Vooraf zij erop gewezen dat artikel 27, lid 4, van de wet betreffende overheidsopdrachten voorziet in een dergelijke mogelijkheid om de aanbestedingsstukken te wijzigen.

64 Zoals de verwijzende rechter in zijn verzoek om een prejudiciële beslissing heeft benadrukt, bevat richtlijn 2004/17 echter geen enkele bepaling dienaangaande.

65 In deze omstandigheden kan niet worden geoordeeld dat artikel 27, lid 4, van de wet betreffende overheidsopdrachten, wanneer het wordt toegepast op opdrachten die niet binnen de werkingssfeer van richtlijn 2004/17 vallen, daarnaar rechtstreeks en onvoorwaardelijk verwijst, in de zin van de in punt 34 van dit arrest uiteengezette rechtspraak (zie naar analogie arrest van 7 juli 2011, *Agafitei e.a.*, C 310/10, EU:C:2011:467, punt 45).

66 Daaruit volgt dat de uitlegging van deze richtlijn voor het antwoord op de tweede vraag niet gerechtvaardigd is.

67 Niettemin dient deze vraag, om de verwijzende rechter een bruikbaar antwoord te geven, vanwege de in de punten 43 tot en met 45 van dit arrest uiteengezette redenen, te worden beantwoord in het licht van de fundamentele regels en algemene beginselen van het VWEU, waaronder de beginselen van non-discriminatie en gelijke behandeling, alsook de transparantieplichting, die met name voortvloeien uit de artikelen 49 en 56 VWEU, en die de verwijzende rechter in het bijzonder aan de orde stelt.

68 Dienaangaande zij opgemerkt dat deze beginselen en deze verplichting volgens vaste rechtspraak van het Hof in het bijzonder vereisen dat de inschrijvers zich in een gelijke positie bevinden in de fase waarin zij hun offertes voorbereiden.

De transparantieverplichting heeft meer specifiek tot doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen (zie in die zin arresten van 6 november 2014, *Cartiera dell'Adda*, C 42/13, EU:C:2014:2345, punt 44, en van 14 juli 2016, *TNS Dimarso*, C 6/15, EU:C:2016:555, punt 22).

69 Deze beginselen en deze verplichting impliceren met name dat het voorwerp en de gunningscriteria van de betrokken opdracht vanaf het begin van de procedure voor het plaatsen ervan duidelijk worden omschreven en dat de voorwaarden en de modaliteiten van de gunningsprocedure op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze in de aankondiging van de opdracht of in het bestek worden geformuleerd, opdat, ten eerste, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte ervan kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier kunnen interpreteren, en, ten tweede, de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de ingediende inschrijvingen beantwoorden aan de criteria die op de betrokken opdracht van toepassing zijn (zie in die zin arresten van 10 mei 2012, *Commissie/Nederland*, C 368/10, EU:C:2012:284, punten 56, 88 en 109; van 6 november 2014, *Cartiera dell'Adda*, C 42/13, EU:C:2014:2345, punt 44, en van 14 juli 2016, *TNS Dimarso*, C 6/15, EU:C:2016:555, punt 23). De transparantieverplichting betekent ook dat het voorwerp en de gunningscriteria van de opdracht door de aanbestedende dienst passend moeten worden bekendgemaakt (zie in die zin arrest van 24 januari 2008, *Lianakis e.a.*, C 532/06, EU:C:2008:40, punt 40).

70 Uit de rechtspraak van het Hof vloeit tevens voort dat de aanbestedende dienst in beginsel in de loop van de gunningsprocedure de betekenis niet mag wijzigen van de belangrijkste voorwaarden van de opdracht – waaronder de technische specificaties en de gunningscriteria – waarop de belanghebbende ondernemers zich rechtmatig hebben gebaseerd voor hun beslissing, een inschrijving voor te bereiden of juist van deelname aan de procedure voor het plaatsen van de betrokken opdracht af te zien (zie in die zin arresten van 10 mei 2012, *Commissie/Nederland*, C 368/10, EU:C:2012:284, punt 55, en van 16 april 2015, *Enterprise Focused Solutions*, C 278/14, EU:C:2015:228, punten 27-29).

71 Niettemin volgt daaruit niet dat elke wijziging van het bestek na de publicatie van de aankondiging van de opdracht, principieel en in alle omstandigheden, verboden is.

72 Zo heeft de aanbestedende dienst in uitzonderlijke gevallen de mogelijkheid tot verbetering of aanvulling van de gegevens van het bestek die een eenvoudige precisering behoeven, of om kennelijke materiële fouten recht te zetten, mits alle inschrijvers daarvan op de hoogte worden gebracht (zie naar analogie, arrest van 29 maart 2012, *SAG ELV Slovensko e.a.*, C 599/10, EU:C:2012:191, punt 40).

73 Het moet deze dienst ook zijn toegestaan om bepaalde wijzigingen aan het bestek aan te brengen, met name wat de voorwaarden en de modaliteiten voor het combineren van de beroepsbekwaamheid betreft, mits de beginselen van non-discriminatie en gelijke behandeling en de transparantieverplichting worden geëerbiedigd.

74 Dit vereiste betekent, ten eerste, dat de betrokken wijzigingen weliswaar aanzienlijk mogen zijn, maar niet dermate wezenlijk dat zij potentiële inschrijvers zouden hebben aangetrokken die zonder deze wijzigingen geen offerte zouden kunnen indienen. Dit zou met name het geval kunnen zijn wanneer de aard van de opdracht als gevolg van de wijzigingen gevoelig verschilt van de aanvankelijk omschreven opdracht.

75 Ten tweede impliceert dit vereiste dat deze wijzigingen passend worden bekendgemaakt, zodat alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende potentiële inschrijvers daarvan in dezelfde omstandigheden en op hetzelfde moment kennis kunnen nemen.

76 Ten derde veronderstelt dit vereiste bovendien dat die wijzigingen vóór de indiening van de offertes door de inschrijvers worden aangebracht, en voorts dat de termijn voor de indiening van deze inschrijvingen wordt verlengd wanneer het om aanzienlijke wijzigingen gaat, dat de duur van deze verlenging afhankelijk is van het belang van deze wijzigingen, en dat deze duur volstaat om de belangstellende ondernemers toe te staan hun inschrijving dientengevolge aan te passen.

77 Gelet op de voorgaande overwegingen, dient op de tweede vraag te worden geantwoord dat voor een overheidsopdracht die niet binnen de werkingssfeer van richtlijn 2004/17 valt, maar een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont, de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie en de transparantieverplichting, die

met name voortvloeien uit de artikelen 49 en 56 VWEU, aldus moeten worden uitgelegd dat zij er niet aan in de weg staan dat de aanbestedende dienst, na de publicatie van de aankondiging van de opdracht, een beding van het bestek met betrekking tot de voorwaarden en de modaliteiten voor het combineren van de beroepsbekwaamheid, zoals het in het hoofdingeving aan de orde zijnde punt 4.3, kan wijzigen, mits, ten eerste, de aangebrachte wijzigingen niet dermate wezenlijk zijn dat zij potentiële inschrijvers zouden hebben aangetrokken die zonder deze wijzigingen geen offerte zouden kunnen indienen, ten tweede, deze wijzigingen passend worden bekendgemaakt en, ten derde, deze wijzigingen vóór de indiening van de offertes door de inschrijvers worden aangebracht, de termijn voor de indiening van deze inschrijvingen wordt verlengd wanneer het om aanzienlijke wijzigingen gaat, de duur van deze verlenging afhankelijk is van het belang van deze wijzigingen, en deze duur volstaat om de belangstellende ondernemers toe te staan hun inschrijving dientengevolge aan te passen, hetgeen de verwijzende rechter dient na te gaan.

Eerste vraag, onder b)

78 Met zijn eerste vraag, onder b), wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of richtlijn 2004/17 aldus moet worden uitgelegd dat zij in de weg staat aan een beding van een bestek, zoals het in het hoofdingeving aan de orde zijnde punt 4.3, dat vereist dat wanneer een gezamenlijke offerte wordt ingediend door meerdere inschrijvers, de bijdrage van elke inschrijver om te voldoen aan de vereisten inzake beroepsbekwaamheid evenredig is aan het deel van de werken dat hij daadwerkelijk zal uitvoeren indien de betrokken opdracht hem wordt gegund.

79 Vooraf heeft de havenautoriteit ter terechtzitting voor het Hof in wezen aangegeven dat punt 4.3 van het in het hoofdingeving aan de orde zijnde bestek moest worden gelezen in samenhang met punt 4.2.3 van dit bestek. Volgens punt 4.2.3 moeten de inschrijvers die een gezamenlijke offerte willen indienen, in een combinatieovereenkomst het deel van de werken aangeven waarvan elke inschrijver zich tot uitvoering verbindt, waarbij erop wordt gewezen dat deze inschrijvers deze verdeling vrij bepalen. Op basis van dit punt 4.3 kan de havenautoriteit bij het onderzoek van de inschrijvingen nagaan of elk van de betrokken inschrijvers beschikt over de beroepsbekwaamheid die evenredig is met het deel van de werken

waarvan hij zich krachtens deze overeenkomst tot uitvoering verbindt en dat hij daadwerkelijk zal uitvoeren bij gunning van de opdracht.

80 Zoals de advocaat-generaal in punt 56 van haar conclusie heeft opgemerkt, heeft punt 4.3 van het in het hoofdingeving aan de orde zijnde bestek dus betrekking op het plaatsen van de opdracht en, in het bijzonder, op de mogelijkheid voor de inschrijvers die een gezamenlijke offerte indienen om hun beroepsbekwaamheid te combineren om aan de vereisten van dit bestek te voldoen.

81 Artikel 32, lid 3, van de wet betreffende overheidsopdrachten voorziet in die mogelijkheid.

82 Uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat deze bepaling, die van toepassing is op alle opdrachten voor werken, ongeacht de waarde ervan, de inhoud van artikel 54, lid 6, van richtlijn 2004/17 getrouw weergeeft. Bovendien heeft de verwijzende rechter aangegeven dat de nationale wetgever er bij de omzetting van deze richtlijn in het Litouwse recht voor had gekozen om een aantal bepalingen ervan uit te breiden tot opdrachten met een waarde beneden de in artikel 16, onder b), van deze richtlijn vastgestelde drempel, met name door bepalingen vast te stellen die expressis verbis analoog waren aan die van richtlijn 2004/17.

83 In deze omstandigheden dient te worden geoordeeld dat artikel 54, lid 6, van richtlijn 2004/17 door artikel 32, lid 3, van de wet betreffende overheidsopdrachten op rechtstreekse en onvoorwaardelijke wijze toepasselijk is gemaakt op opdrachten die van de werkingsfeer van deze richtlijn zijn uitgesloten.

84 Bijgevolg dient de eerste vraag, onder b), gelet op de in de punten 33 en 34 van dit arrest in herinnering gebrachte rechtspraak, te worden onderzocht in het licht van artikel 54, lid 6, van richtlijn 2004/17.

85 Krachtens deze bepaling heeft iedere ondernemer, wanneer de aanbestedende dienst een kwalitatief selectie criterium vaststelt dat eisen betreffende de technische bekwaamheid of beroepsbekwaamheid bevat, het recht om zich voor welbepaalde opdrachten te beroepen op de draagkracht van andere diensten, ongeacht de juridische aard van zijn banden met die diensten, mits hij ten behoeve van de aanbestedende dienst aantoonde dat de inschrijver werkelijk kan beschikken over de voor de uitvoering van die opdracht noodzakelijke middelen van die diensten (zie naar analogie arrest van 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz, C 324/14, EU:C:2016:214, punt 33 en aldaar aan-

gehaalde rechtspraak). Overeenkomstig deze bepaling strekt dit recht zich uit tot combinaties van ondernemers die een gezamenlijke inschrijving indienen, welke combinaties zich onder dezelfde voorwaarden kunnen beroepen op de draagkracht van de deelnemers daaraan of andere diensten.

86 Richtlijn 2004/17 verzet zich er echter niet tegen dat de uitoefening van het in artikel 54, lid 6, van die richtlijn neergelegde recht in uitzonderlijke omstandigheden wordt beperkt (zie naar analogie, arrest van 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz, C 324/14, EU:C:2016:214, punt 39).

87 In het bijzonder kan niet worden uitgesloten dat de voor de uitvoering van deze opdracht noodzakelijke bekwaamheid waarover een derde dienst beschikt, gelet op de aard en de doelstellingen van een bepaalde opdracht, en op de betrokken werken, in bijzondere omstandigheden niet kan worden overgedragen aan de betrokken inschrijver, zodat deze zich slechts op die bekwaamheid kan beroepen indien de derde dienst rechtstreeks en persoonlijk deelneemt aan de uitvoering van de betrokken opdracht (zie in die zin arrest van 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz, C 324/14, EU:C:2016:214, punt 41).

88 In dergelijke omstandigheden kan de aanbestedende dienst, met het oog op de correcte uitvoering van deze opdracht, in de aanbestedingsstukken uitdrukkelijk nauwkeurige regels vaststellen op grond waarvan een ondernemer zich op de bekwaamheid van andere diensten kan beroepen, mits deze regels verband houden met en in verhouding staan tot het voorwerp en de doelstellingen van die opdracht (zie in die zin arrest van 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz, C 324/14, EU:C:2016:214, punten 54-56).

89 Evenmin kan meteen al worden uitgesloten dat in bijzondere omstandigheden, gelet op de aard van de betrokken werken en op het voorwerp en de doelstelling van de opdracht, de voor de goede uitvoering van deze opdracht noodzakelijke bekwaamheid van de verschillende deelnemers aan een combinatie van ondernemers die een gezamenlijke inschrijving indient, tussen deze deelnemers niet kan worden overgedragen. In een dergelijk geval heeft de aanbestedende dienst gegronde redenen om te vereisen dat elk van deze deelnemers de werken uitvoert die overeenstemmen met zijn eigen bekwaamheid.

90 In casu stellen de havenautoriteit en de Litouwse regering in wezen dat punt 4.3 van het in het hoofdgeding aan de orde zijnde bestek beoogt te

voorkomen dat een inschrijver, om de aanbesteding binnen te halen, zich beroept op een bekwaamheid die hij niet voornemens is te gebruiken, en, omgekeerd, dat een inschrijver toegang krijgt tot de opdracht en een deel van de werken kan uitvoeren, zonder evenwel te beschikken over de bekwaamheid en de middelen die noodzakelijk zijn voor de goede uitvoering van deze werken.

91 Dienaangaande kan inderdaad niet worden uitgesloten dat, gelet op het technische karakter en het belang van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde werken, de correcte uitvoering ervan vereist dat indien meerdere inschrijvers een gezamenlijke offerte indienen, elk van deze inschrijvers de specifieke taken uitvoert die, gelet op het voorwerp en de aard van deze werken of taken, overeenstemmen met zijn eigen beroepsbekwaamheid.

92 Dit lijkt echter niet de draagwijdte van punt 4.3 van het in het hoofdgeding aan de orde zijnde bestek te zijn. Zoals de advocaat-generaal in de punten 63 en 64 van haar conclusie in wezen heeft opgemerkt, vereist dit punt immers een louter rekenkundige overeenstemming tussen de bijdrage van elke betrokken inschrijver om te voldoen aan de toepasselijke vereisten inzake beroepsbekwaamheid en het deel van de werken waarvan hij zich tot uitvoering verbindt en dat hij daadwerkelijk zal uitvoeren bij gunning van de opdracht. Dit punt houdt echter geen rekening met de aard van de door elke inschrijver uit te voeren taken, noch met de eigen technische bekwaamheid van elk van hen. Punt 4.3 staat er dus niet aan in de weg dat een van de betrokken inschrijvers specifieke taken uitvoert waarvoor hij in werkelijkheid niet over de vereiste ervaring of bekwaamheid beschikt.

93 Bovendien hebben de havenautoriteit en de Litouwse regering benadrukt dat punt 4.3 van het in het hoofdgeding aan de orde zijnde bestek de betrokken inschrijvers niet belette om een beroep te doen op onderaanneming voor de uitvoering van de werken die „niet als het hoofdgedeelte” van de werken waren aangemerkt en dat de beroepsbekwaamheid van de onderaannemers, overeenkomstig punt 4.4 van dit bestek, niet werd nagegaan. Indien dit het geval is, hetgeen de verwijzende rechter dient na te gaan, dan zou moeten worden geoordeeld dat dit punt 4.3, ten eerste, niet waarborgt dat de inschrijvers de bekwaamheid die zij hebben opgegeven bij het plaatsen van de opdracht en waarmee de havenautoriteit reke-

ning heeft gehouden voor het onderzoek van de offertes, daadwerkelijk zullen gebruiken. Ten tweede sluit het niet uit dat de werken die „niet als het hoofdgedeelte” van de werken zijn aange-merkt worden uitgevoerd door onderaannemers die niet over de vereiste beroepsbekwaamheid beschikken.

94 Daaruit volgt dat punt 4.3 van het in het hoofdgeding aan de orde zijnde bestek niet geschikt is om de verwezenlijking van de nagestreefde doelstellingen te garanderen.

95 Bijgevolg dient te worden geoordeeld dat de uit dit punt voortvloeiende beperking van het in artikel 54, lid 6, van richtlijn 2004/17 vastgestelde recht niet gerechtvaardigd is gelet op het voorwerp en de doelstelling van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde opdracht.

96 In deze omstandigheden dient op de eerste vraag, onder b), te worden geantwoord dat artikel 54, lid 6, van richtlijn 2004/17 aldus moet worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een beding van een bestek, zoals het in het hoofdgeding aan de orde zijnde punt 4.3, dat vereist dat wanneer een gezamenlijke offerte wordt ingediend door meerdere inschrijvers, de bijdrage van elke inschrijver om te voldoen aan de toepasselijke vereisten inzake beroepsbekwaamheid evenredig is aan het deel van de werken dat hij daadwerkelijk zal uitvoeren indien de betrokken opdracht hem wordt gegund.

Kosten

97 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechter over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Vijfde kamer) verklaart voor recht:

1) Voor een overheidsopdracht die niet valt binnen de werkingssfeer van richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water en energievoorziening, vervoer en postdiensten, zoals gewijzigd bij verordening (EU) nr. 1336/2013 van de Commissie van 13 december 2013, maar een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont, moeten de artikelen 49 en 56 VWEU aldus worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een bepaling van een nationale

regeling als artikel 24, lid 5, van de Lietuvos Respublikos Viešųjų pirkimų įstatymas (Litouwse wet betreffende overheidsopdrachten), waarin wordt bepaald dat indien een beroep wordt gedaan op onderaannemers om een overheidsopdracht voor werken uit te voeren, het hoofdgedeelte van de werken dat als zodanig is omschreven door de aanbestedende dienst, door de gekozen inschrijver zelf moet worden uitgevoerd.

2) Voor een dergelijke overheidsopdracht moeten de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie en de transparantieverplichting, die met name voortvloeien uit de artikelen 49 en 56 VWEU, aldus worden uitgelegd dat zij er niet aan in de weg staan dat de aanbestedende dienst, na de publicatie van de aankondiging van de opdracht, een beding van het bestek met betrekking tot de voorwaarden en de modaliteiten voor het combineren van de beroepsbekwaamheid, zoals het in het hoofdgeding aan de orde zijnde punt 4.3, kan wijzigen, mits, ten eerste, de aangebrachte wijzigingen niet dermate wezenlijk zijn dat zij potentiële inschrijvers zouden hebben aangetrokken die zonder deze wijzigingen geen offerte zouden kunnen indienen, ten tweede, deze wijzigingen passend worden bekendgemaakt en, ten derde, deze wijzigingen vóór de indiening van de offertes door de inschrijvers worden aangebracht, de termijn voor de indiening van deze inschrijvingen wordt verlengd wanneer het om aanzienlijke wijzigingen gaat, de duur van deze verlenging afhankelijk is van het belang van deze wijzigingen, en deze duur volstaat om de belangstellende ondernemers toe te staan hun inschrijving dientengevolge aan te passen, hetgeen de verwijzende rechter dient na te gaan.

3) Artikel 54, lid 6, van richtlijn 2004/17, zoals gewijzigd bij verordening nr. 1336/2013, moet aldus worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een beding van een bestek, zoals het in het hoofdgeding aan de orde zijnde punt 4.3, dat vereist dat wanneer een gezamenlijke offerte wordt ingediend door meerdere inschrijvers, de bijdrage van elke inschrijver om te voldoen aan de toepasselijke vereisten inzake beroepsbekwaamheid evenredig is aan het deel van de werken dat hij daadwerkelijk zal uitvoeren indien de betrokken opdracht hem wordt gegund.

NOOT

Aanbesteden op het grensvlak van het VwEU en een aanbestedingsrichtlijn; Hoe om te gaan met onderaanneming, wezenlijke wijzigingen en combinatievorming.

Inleiding

In deze zaak stond een door een Litouwse havenautoriteit in de markt gezette aanbestedingsprocedure voor het renoveren van kades in de nationale zeehaven van Klaipėda (Litouwen) centraal. De Europese rechter heeft op vier punten een oordeel gegeven, die ik in deze signalering wil noemen. Het gaat respectievelijk om:

1. de ruime bevoegdheid van het Hof van Justitie van de Europese Unie ("HvJ EU") om kennis te nemen van geschillen;
2. de onrechtmatigheid van een verbod op onderaanneming voor het hoofdgedeelte van een opdracht in het licht van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie ("VwEU");
3. de wijze waarop met het doorvoeren van wijzigingen in (de voorwaarden van) een opdracht gedurende een lopende aanbestedingsprocedure moeten worden omgegaan, indien het VwEU van toepassing is; en
4. de rechtmatigheid van een besteksbeperking waarin is voorgeschreven dat bij een gezamenlijke offerte van meerdere inschrijvers in een combinatie, iedere combinant die specifieke taken (bij de uitvoering) voor zijn rekening neemt die overeenstemt met zijn eigen beroepsbekwaamheid.

Bespreking oordelen

In deze zaak kwam allereerst aan de orde of het HvJ EU bevoegd was kennis te nemen van het tussen partijen gerezen geschil. Een oordeel daarover was nodig, omdat sprake was van een onderdrempelige nutssectoropdracht, hetgeen aan de bevoegdheid van het HvJ EU in de weg staat. Het HvJ EU beantwoorde de bevoegdheidsvraag uiteindelijk om meerdere redenen bevestigend. In de eerste plaats was relevant dat sprake was van een duidelijk grensoverschrijdend belang, omdat twee buitenlandse ondernemingen aan de aanbestedingsprocedure hadden deelgenomen (de winnaar was een in Letland gevestigde onderneming) én de opdracht in het Publicatieblad van de Europese Unie was gepu-

bliceerd. In de tweede plaats speelde een rol dat de aanbesteder er vrijwillig voor had gekozen zich aan de Richtlijn 2004/17/EG te zullen houden. De Litouwse wet laat – zo volgt uit het arrest – aan aanbesteders de keuze om een eenvoudige nationale procedure of een procedure conform een Europese aanbestedingsrichtlijn te volgen.

Het is weinig verrassend dat het HvJ EU zichzelf bevoegd acht kennis te nemen van het geschil als sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang. Het is allicht minder bekend dat het HvJ EU zichzelf ook bevoegd acht kennis te nemen van een geschil als een aanbesteder een aanbestedingsrichtlijn vrijwillig toepast. Hoewel dat misschien niet onlogisch is, omdat het HvJ EU de eenvormige uitleg van de aanbestedingsrichtlijnen wil bewaken, leidt het in deze zaak wel tot toepassing van twee verschillende juridische kaders. De vraag is of dat een wenselijke uitkomst is.

Daarmee kom ik op het tweede oordeel. De aanbesteder had in deze zaak – op grond van een nationale bepaling – de bevoegdheid om onderaanneming voor het hoofdgedeelte van de opdracht te verbieden, zelfs als een onderaannemer bekwaam was en het voor de goede uitvoering van de opdracht niet noodzakelijk was om het hoofdgedeelte van de opdracht bij de hoofdaannemer onder te brengen.

Met betrekking tot het toepasselijke juridische kader onderzocht het HvJ EU eerst of de nationale bepaling waarover een oordeel werd gevraagd, met een bepaling in de Richtlijn 2004/17/EG was te 'matchen'. Dat was niet het geval. Daarom heeft het HvJ EU aanleiding gezien slechts een oordeel te geven over de rechtmatigheid van de gewraakte nationale bepaling in het licht van het VwEU.

Het HvJ EU toetste of de gewraakte nationale bepaling de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverrichting (artikelen 49 en 56 VwEU) onmogelijk maakte, belemmerde of minder aantrekkelijk maakte. In algemene zin werd overwogen dat opdrachten waarvoor duidelijke grensoverschrijdende belangstelling bestaat, zo ruim mogelijk voor mededinging moeten worden opengesteld en het openstellen van het beroep op onderaannemers een bijdrage levert

aan de verwezenlijking van die doelstelling. Aldus, is het – op basis van een nationale bepaling – beperken van de mogelijkheid om voor onderaanneming te kiezen in beginsel in strijd met het VwEU.

Onder omstandigheden kan volgens het HvJ EU het beperken van de mogelijkheid om een beroep op onderaanneming te doen gerechtvaardigd worden. Uit eerdere jurisprudentie van het HvJ EU volgt dat aanbesteders het recht hebben om onderaanneming bij de uitvoering van wezenlijke onderdelen van een opdracht te verbieden als beroep wordt gedaan op een onderaannemer wier capaciteiten de aanbesteder bij het onderzoek van de offertes en de selectie van de ondernemer aan wie de opdracht wordt gegund, niet heeft kunnen nagaan (vergelijk: HvJ EU 18 maart 2004, EU:C:2004:159 en HvJ EU 14 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:562, «JAAN» 2016/181). Van een dergelijke rechtvaardiging was in deze zaak echter geen sprake. Het HvJ EU oordeelde daarom – kort samengevat – dat de nationale bepaling veel verder ging dan noodzakelijk was om het doel van een correcte uitvoering te bereiken. Te meer, om dat er bijvoorbeeld ook geen ruimte was voor een individuele beoordeling per geval. Het geformuleerde onderaannemingsverbod liet evenmin ruimte om de aard van de werkzaamheden (kritieke werkzaamheden of niet) en de kwalificaties van de onderaannemer mee te wegen. Dat het HvJ EU een streep zette door de bevoegdheid van de aanbesteder om onderaanneming voor het hoofdgedeelte van de opdracht te verbieden, is in dat licht gezien niet verrassend.

Het derde punt ziet op het doorvoeren van wijzigingen tijdens een lopende aanbestedingsprocedure. In het in Nederland welbekende Koffie –arrest (HvJ EU 10 mei 2012, ECLI:EU:C:2012:284) is reeds geoordeeld dat het vlak voor inschrijving via de nota van inlichtingen doorvoeren van wezenlijke wijzigingen in de aanbestedingsstukken niet is toegestaan. Het HvJ EU trekt deze lijn door naar aanbestedingen waarop het VwEU van toepassing is. Getoetst moet worden of 1) wijzigingen ertoe leiden dat de kring met potentiële gegadigden met de door te voeren wijzigingen toeneemt, 2) de wijzigingen op een passende wijze bekend zijn gemaakt en

3) de termijn voor indiening van inschrijvingen bij aanzienlijke wijzigingen op voldoende wijze wordt verlengd.

Daarmee kom ik op het vierde punt. Het HvJ EU gaat bij dit punt in op de vraag of een aanbesteder bij meerdere inschrijvers in een combinatie mag voorschrijven dat de specifieke taken die iedere combinant (bij de uitvoering) voor zijn rekening neemt, dient overeen te stemmen met zijn beroepsbekwaamheid. In dit verband grijpt het HvJ EU – anders dan bij het verbod op onderaanneming – wel terug op de Richtlijn 2004/17 EG. De besteksbepaling werd niet aan het VwEU getoetst, omdat de tekst gebaseerd is op artikel 54 lid 6 Richtlijn 2004/17EG.

Het HvJ EU overwoog – in lijn met vaste jurisprudentie (zie HvJ EU 23 december 2009, ECLI:EU:C:2009:807, HvJ EU 10 oktober 2013, ECLI:EU:C:2013:646, HvJ EU 7 april 2016, ECLI:EU:C:2016:214 en HvJ EU 2 juni 2016, ECLI:EU:C:2016:404, «JAAN» 2016/133) – dat het alleen onder bijzondere omstandigheden toelaatbaar is dat een aanbesteder voorschrijft dat een beroep op de bekwaamheid van een derde slechts mogelijk is, als deze derde rechtstreeks en persoonlijk deelneemt aan de uitvoering van een opdracht. Daarbij moet gedacht worden aan de situatie waarbij bepaalde noodzakelijke bekwaamheden niet kunnen worden overgedragen. Ik verwijs naar artikel 2.95 lid 2 Aanbestedingswet 2012 waar de uitvoering van kritieke taken in een opdracht als uitzondering is opgenomen.

De aanbesteder kon dergelijke bijzondere omstandigheden niet aantonen. Te meer, omdat de besteksbepaling alleen mathematisch inzichtelijk maakte voor welk percentage van de werkzaamheden een combinant zich zou gaan verbinden. Van een link met specifieke (kritieke) taken en het daaraan koppelen van de beroepsbekwaamheid was geen sprake. Los daarvan stond het een combinant vrij om onderaannemers voor allerlei taken in te schakelen. Daarmee bleek de besteksbepaling naar zijn aard niet geschikt om te bewerkstelligen dat bepaalde taken rechtstreeks door een bepaalde combinant zelf zouden worden verricht.

Conclusies en aandachtspunt voor de praktijk

Uit dit arrest volgt dat:

- op één aanbestedingsprocedure twee verschillende juridische kaders (richtlijn en VwEU) tegelijkertijd van toepassing kunnen zijn;
- een te ruim geformuleerd verbod op onderaanneming in strijd is met het VwEU;
- het doorvoeren van wijzigingen tijdens een lopende VwEU-aanbestedingsprocedure aan de rechtsregels uit het Koffie-arrest moeten worden getoetst; en
- het voorschrijven van een taakverdeling in een combinatie op grond van de aanbestedingsrichtlijnen slechts onder bijzondere omstandigheden mogelijk is.

Voor de praktijk is de belangrijkste waarschuwing om bij onderdempelige opdracht steeds na te gaan of een verwijzing naar een richtlijn bepaling (of een daarop geïnspireerde nationale wetgeving) nuttig is. Immers, met een simpele verwijzing wordt een aanvullend juridisch kader in huis gehaald, waar een aanbesteder allicht niet op bedacht is.

C.G. van Blaaderen,
advocaat bij Straatman & Koster

109

Hof van Justitie EU
5 april 2017, nr. C-391/15, ECLI:EU:C:2017:268
(mr. Von Danwitz, mr. Juhász, mr. Vajda, mr. Jürimäe, mr. Lycourgos)

**Rechtsbescherming. Rechtstreekse werking.
Nationale procedureregels.**

[Richtlijn 89/665/EEG art. 1 lid 1, 2 lid 1 onder a en b]

Het verzoek om een prejudiciële beslissing is ingediend in het kader van een geschil over de regelmatigheid van een besluit om in een aanbestedingsprocedure voor de uitvoering van openbare werken een tijdelijke groep van ondernemingen toe te laten als inschrijver.

Eerste vraag

Met haar eerste vraag wenst de verwijzende rechterlijke instantie in hoofdzaak te vernemen of artikel 1, lid 1, en artikel 2, lid 1, onder a) en b), van richtlijn 89/665 aldus moeten worden uitgelegd dat zij

in de weg staan aan een nationale wettelijke regeling op grond waarvan het besluit om een inschrijver toe te laten tot de aanbestedingsprocedure – welk besluit beweerdelijk indruist tegen het recht van de Unie inzake overheidsopdrachten of de nationale wetgeving ter uitvoering ervan – niet behoort tot de voorbereidende handelingen van een aanbestedende dienst die als zodanig vatbaar zijn voor beroep in rechte.

Artikel 1, lid 1, van voormelde richtlijn veronderstelt door het gebruik van de bewoordingen „met betrekking tot opdrachten” dat ieder besluit van een aanbestedende dienst dat valt onder de uit het recht van de Unie voortvloeiende regels inzake overheidsopdrachten en dat tegen die regels kan indruisen, aan het in artikel 2, lid 1, onder a) en b), van die richtlijn bedoelde rechterlijk toezicht is onderworpen. Deze ruime opvatting van het begrip „besluit” van een aanbestedende dienst vindt bevestiging in het feit dat artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 in geen enkele beperking voorziet ter zake van de aard en inhoud van de erin bedoelde besluiten. Hieruit volgt dat een besluit waarbij een inschrijver tot een aanbestedingsprocedure wordt toegelaten, zoals het besluit in het hoofdgeding, een besluit in de zin van artikel 1, lid 1, van voormelde richtlijn vormt.

Zoals het Hof reeds heeft geoordeeld, bepaalt richtlijn 89/665 niet uitdrukkelijk vanaf welk moment de beroepsmogelijkheid waarin zij in artikel 1, lid 1, voorziet openstaat, maar mogen de lidstaten gelet op het doel van de richtlijn aan de uitoefening van het recht van beroep niet de voorwaarde koppelen dat de openbare aanbestedingsprocedure formeel een bepaald stadium heeft bereikt.

Bij gebreke van regels van de Unie die bepalen vanaf welk moment beroep moet kunnen worden ingesteld, is het overeenkomstig vaste rechtspraak een aangelegenheid van het nationale recht, de gerechtelijke procedure ter bescherming van de rechten die de justitiabelen aan het Unierecht ontleen te regelen. Die procedure mag echter niet ongunstiger zijn dan die voor soortgelijke beroepen ter bescherming van de rechten die de justitiabelen aan het nationale recht ontleen (gelijkwaardigheidsbeginsel), en mag de uitoefening van de door de rechtsorde van de Unie verleende rechten niet in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk maken (doeltreffendheidsbeginsel).

Wat specifiek het besluit betreft waarbij een inschrijver wordt toegelaten tot een aanbestedingsprocedure, zoals aan de orde in het hoofdgeding, is het in strijd met de bepalingen van richtlijn 89/665 dat de inschrijver op grond van de nationale wettelijke regeling die in het hoofdgeding aan de orde is hoe

dan ook moet wachten totdat de betrokken opdracht is gegund alvorens beroep te kunnen instellen tegen de toelating van een andere inschrijver.

Tweede vraag

Met haar tweede vraag wenst de verwijzende rechterlijke instantie te vernemen of artikel 1, lid 1, en artikel 2, lid 1, onder a) en b), van richtlijn 89/665 rechtstreekse werking hebben.

De bepalingen van artikel 1, lid 1, en artikel 2, lid 1, onder b), van richtlijn 89/665 zijn onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig om voor een particulier een recht te doen ontstaan waarop deze zich in voorkomend geval jegens een aanbestedende dienst kan beroepen. Dat geldt ook voor artikel 2, lid 1, onder a), van genoemde richtlijn, gelet op de duidelijke en nauwkeurige bewoordingen van die bepaling en het nauwe functionele verband van deze laatste met artikel 2, lid 1, onder b), van dezelfde richtlijn.

Marina del Mediterráneo SL e.a.
tegen

Agencia Pública de Puertos de Andalucía,
in tegenwoordigheid van:
Consejería de Obras Públicas y Vivienda de la Junta de Andalucía,
Nassir Bin Abdullah and Sons SL,
Puerto Deportivo de Marbella SA,
Ayuntamiento de Marbella,

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 1, lid 1, en artikel 2, lid 1, van richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken (PB 1989, L 395, blz. 33), zoals gewijzigd bij richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 (PB 2007, L 335, blz. 31; hierna: „richtlijn 89/665”).

2 Dat verzoek is ingediend in het kader van een geschil tussen Marina del Mediterráneo SL e.a., tijdelijke groep van ondernemingen genaamd „Marina Internacional de Marbella”, en de Agencia Pública de Puertos de Andalucía (havenautoriteit Andalusië; hierna: „havenautoriteit”), over de regelmatigheid van een besluit van deze laatste om in een door haar georganiseerde aanbe-

stedingsprocedure voor de uitvoering van openbare werken een andere tijdelijke groep van ondernemingen toe te laten als inschrijver.

Toepasselijke bepalingen

Recht van de Unie

3 De tweede overweging van richtlijn 89/398 luidt: „Overwegende dat de zowel op nationaal als op gemeenschapsniveau bestaande voorzieningen die de [daadwerkelijke] toepassing [van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten] moeten waarborgen, het niet altijd mogelijk maken te waken over de naleving van de communautaire voorschriften, in het bijzonder in een stadium waarin de schendingen nog ongedaan kunnen worden gemaakt”.

4 Artikel 1 van die richtlijn, met het opschrift „Toepassingsgebied en beschikbaarheid van beroepsprocedures”, bepaalt:

„1. Deze richtlijn is van toepassing op opdrachten als bedoeld in 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, blz. 114], tenzij deze opdrachten overeenkomstig de artikelen 10 tot en met 18 van die richtlijn worden uitgesloten.

Tot de opdrachten in de zin van deze richtlijn behoren overheidsopdrachten, raamovereenkomsten, concessieovereenkomsten voor openbare werken en dynamische aankoopssystemen.

De lidstaten nemen met betrekking tot opdrachten met betrekking tot opdrachten met betrekking tot opdrachten die binnen de werkingssfeer van richtlijn 2004/18/EG vallen, de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat tegen door de aanbestedende diensten genomen besluiten op doeltreffende wijze en vooral zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld overeenkomstig de artikelen 2 tot en met 2 septies van deze richtlijn, op grond van het feit dat door die besluiten het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften waarin dat gemeenschapsrecht is omgezet, geschonden zijn.

[...]

3. De lidstaten dragen er zorg voor dat beroepsprocedures, volgens modaliteiten die de lidstaten kunnen bepalen, op zijn minst toegankelijk zijn voor een ieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde opdracht en die door een beweerde inbreuk is of dreigt te worden geschaad.”

5 Artikel 2 van deze richtlijn, „Voorschriften voor beroepsprocedures”, bepaalt in lid 1:

„De lidstaten zorgen ervoor dat de maatregelen betreffende het in artikel 1 bedoelde beroep de nodige bevoegdheden behelzen om:

a) zo snel mogelijk en in kort geding voorlopige maatregelen te nemen om de beweerde inbreuk ongedaan te maken of te voorkomen dat de betrokken belangen verder worden geschaad, met inbegrip van maatregelen om de gunningsprocedure voor een overheidsopdracht of de tenuitvoerlegging van enig door de aanbestedende diensten genomen besluit, op te schorten dan wel te doen opschorten;

b) onwettige besluiten nietig te verklaren c.q. nietig te doen verklaren, met inbegrip van het verwijderen van discriminerende technische, economische of financiële specificaties in oproepen tot inschrijving, bestekken dan wel in enig ander stuk dat verband houdt met de aanbestedingsprocedure;

c) schadevergoeding toe te kennen aan degenen die door een inbreuk schade hebben geleden.”

6 Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water en energievoorziening, vervoer en postdiensten (PB 2004, L 134, blz. 1), is ingetrokken bij richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (PB 2014, L 94, blz. 243). Zij bevatte in de artikelen 3 tot en met 7, opgenomen in titel I, hoofdstuk II, afdeling 2, ervan, een opsomming van de activiteiten waarop zij van toepassing was.

7 Richtlijn 2004/18 is ingetrokken bij richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten (PB 2014, L 94, blz. 65). Zij bepaalde in artikel 57, onder het opschrift „Uitsluitingen van het toepassingsgebied”, in titel II, „Regels op het gebied van concessieovereenkomsten voor openbare werken”:

„Deze titel is niet van toepassing op concessieovereenkomsten voor openbare werken die:

a) gesloten zijn onder dezelfde voorwaarden als die in de artikelen 13, 14 en 15 bedoelde overheidsopdrachten voor [werken];

b) gesloten zijn door aanbestedende diensten die een of meer activiteiten uitoefenen als bedoeld in de artikelen 3 tot en met 7 van richtlijn 2004/17/EG, indien deze concessieovereenkomsten met het oog op de uitoefening van deze activiteiten zijn gesloten.

Deze richtlijn blijft evenwel van toepassing op de overheidsopdrachten die worden geplaatst door aanbestedende diensten welke een of meer van de in artikel 6 van richtlijn 2004/17/EG bedoelde activiteiten uitoefenen, wanneer die overheidsopdrachten betrekking hebben op die specifieke activiteiten, zolang de betrokken lidstaat gebruik maakt van de in artikel 71, tweede alinea, van voornoemde richtlijn bedoelde mogelijkheid om de toepassing ervan uit te stellen.”

Spaans recht

8 Artikel 25, lid 1, van de Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (wet 29/1998 op de bestuursrechtspraak) van 13 juli 1998 (BOE nr. 167 van 14 juli 1998, blz. 23516), omschrijft het voorwerp van het beroep in het kader van de procedure van de bestuursrechtspraak, en meer in het bijzonder het voor beroep vatbare bestuurlijk besluit als volgt:

„Bij de bestuursrechter kan beroep worden ingesteld tegen bepalingen van algemene strekking en uitdrukkelijke en stilzwijgende handelingen van de overheid die de administratieve behandeling beëindigen, ongeacht of dit definitieve dan wel procedurele handelingen zijn, indien zij al dan niet rechtstreeks de grond van de zaak raken, de voortzetting van de procedure beletten, het voeren van verweer onmogelijk maken of onherstelbare schade berokkenen aan rechten of gewettigde belangen.”

9 Artikel 107, lid 1, van Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (wet 30/1992 op het rechtsregime van de staat en de gemeenschappelijke bestuurlijke procedure) van 26 november 1992 (BOE nr. 285 van 27 november 1992, blz. 40300), zoals gewijzigd bij Ley 4/1999 (wet 4/1999) van 13 januari 1999 (BOE nr. 12 van 14 januari 1999, blz. 1739) (hierna: „wet 30/1992”), bepaalt:

„Tegen beslissingen en voorbereidingshandelingen die rechtstreeks of indirect de zaak ten gronde beslissen, die leiden tot de onmogelijkheid om de procedure voort te zetten of zich te verdedigen of die onherstelbare schade toebrengen aan rechten of gewettigde belangen, kan door de belangheb-

benden bezwaar worden aangetekend en eventueel hoger administratief beroep worden ingesteld op de in de artikelen 62 en 63 van [wet 30/1992] vermelde gronden van nietigheid of herroepbaarheid.

Tegen de overige voorbereidingsbesluiten kunnen de belanghebbenden verzet aantekenen, zodat dit in overweging kan worden genomen in het besluit waarmee de procedure wordt gesloten”.

10 Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público (wet 30/2007 betreffende overheidsopdrachten) van 30 oktober 2007 (BOE nr. 261 van 31 oktober 2007, blz. 44336) is gewijzigd bij Ley 34/2010 (wet 34/2010) van 5 augustus 2010 (BOE nr. 192 van 9 augustus 2010, blz. 69400) (hierna: „wet 30/2007”) ten einde in de artikelen 310 tot en met 320 ervan bepalingen op te nemen betreffende het speciale beroep inzake overheidsopdrachten.

11 Artikel 310, lid 2, van wet 30/2007, houdende een specifieke bepaling op het gebied van overheidsopdrachten die uitvoering geeft aan de algemene regel van artikel 107, lid 1, van wet 30/1992, bepaalt:

„Beroep kan worden ingesteld tegen de volgende handelingen:

- a) oproepen tot inschrijving, bestekken en contractuele stukken waarin de gunningsvoorwaarden zijn vastgelegd;
- b) voorbereidingsbesluiten die tijdens de gunningsprocedure worden genomen, mits zij een rechtstreekse of indirecte beslissing over de gunning inhouden, de voortzetting van de procedure beletten, het voeren van verweer onmogelijk maken en rechten of legitieme belangen onherstelbaar schaden. Besluiten van de aanbestedingscommissie tot uitsluiting van inschrijvers zijn voorbereidingsbesluiten die de voortzetting van de procedure beletten;
- c) gunningsbesluiten van de aanbestedende diensten.”

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

12 Op 12 april 2011 hebben Marina del Mediterráneo SL e.a. bij het bevoegde bestuursorgaan een bijzonder beroep inzake een openbare aanbesteding ingesteld tegen het besluit van het aanbestedende comité, de tijdelijke groep van ondernemingen bestaande uit Nassir bin Abdullah and Sons SL, Puerto Deportivo de Marbella SA en Ayuntamiento de Marbella (gemeente Marbella, Spanje) (hierna: „tweede tijdelijke groep van ondernemingen”) te laten deelnemen aan de aanbestedingsprocedure voor de gunning van een opdracht voor

de uitvoering van openbare werken genaamd „uitbreiding van de haven van Marbella ‚la Bajadilla””.

13 Die procedure was ingeleid door de havenautoriteit, een voor een bijzonder doel opgericht overheidsorgaan met functionele autonomie en eigen rechtspersoonlijkheid binnen de Consejería de Obras Públicas y Vivienda de la Junta de Andalucía (ministerie van openbare werken en huisvesting van Andalusië, Spanje). De aanbesteding is uitgeschreven op 27 november 2010. Volgens de ter terechtzitting voor het Hof afgelegde verklaringen bedraagt de marktwaarde van de opdracht 77 000 000 EUR.

14 De twee tijdelijke groepen van ondernemingen in het hoofdgeding waren de enige inschrijvers voor de aanbestedingsprocedure.

15 In hun beroep voeren Marina del Mediterráneo e.a. in hoofdzaak aan dat zowel de nationale wettelijke regeling als de regelgeving van de Unie door de deelneming van de tweede tijdelijke groep van ondernemingen aan de procedure is geschonden. In de eerste plaats immers is de gemeente Marbella een overheidsorgaan, dat niet is te beschouwen als ondernemer in de zin van de nationale wetgeving en dat niet als marktdeelnemer kan worden beschouwd zonder dat de regels inzake vrije mededinging en gelijkheid van alle inschrijvers worden geschonden, en in de tweede plaats voldoet die tijdelijke groep van ondernemingen niet aan de voorwaarden op het gebied van financiële en economische draagkracht aangezien de financiële risico's die hij neemt door de begroting van die gemeente worden gedekt.

16 Bij besluit van 3 mei 2011 heeft de uitvoerend directeur van de havenautoriteit dat beroep verworpen. In dat besluit verwijst hij naar de rechtspraak van het Hof, meer in het bijzonder het arrest van 23 december 2009, CoNISMa (C 305/08, EU:C:2009:807), op grond waarvan inschrijver kan zijn ieder openbaar lichaam of iedere groep van openbare lichamen die, zij het ook slechts occasioneel, diensten op de markt aanbiedt. Die directeur is bovendien van oordeel dat de financiële draagkracht van de tweede tijdelijke groep van ondernemingen wordt vastgesteld rekening houdend met de inkomsten op de begroting van de gemeente Marbella.

17 Uit het dossier waarover het Hof beschikt blijkt dat de overheidsopdracht in het hoofdgeding bij besluit van 6 juni 2011 is gegund aan de tweede tijdelijke groep van ondernemingen. Het

administratief beroep dat Marina del Mediterráneo e.a. tegen dat besluit hebben ingesteld is bij beslissing van 11 juli 2011 verworpen.

18 Bij brief van 5 juli 2011 hebben Marina del Mediterráneo e.a. bij het Tribunal Superior de Justicia de Andalucía administratief beroep ingesteld tegen het besluit van 3 mei 2011 van de uitvoerend directeur van de havenautoriteit. In dat beroep herhaalt de groep de argumenten die hij voor dat bestuursorgaan had aangevoerd in het kader van het bijzondere beroep inzake een overheidsopdracht en vordert hij nietigverklaring van dat besluit en daarmee nietigverklaring van de op dit laatste besluit gevolgde besluiten, inzonderheid het besluit van 6 juni 2011 om de betrokken opdracht te gunnen aan de tweede tijdelijke groep van ondernemingen.

19 Bij beslissing van 19 februari 2015 heeft de aangezochte nationale rechterlijke instantie partijen in het hoofdgeding ervan in kennis gesteld dat het ingestelde administratief beroep in rechte wellicht niet-ontvankelijk was op grond van de nationale wettelijke bepalingen die de handelingen die vatbaar zijn voor bijzonder beroep inzake overheidsopdrachten omschrijven. Volgens die bepalingen zijn vatbaar voor beroep voorbereidende handelingen die al dan niet rechtstreeks beslissend zijn voor de gunning, voortzetting van de procedure verhinderen, het onmogelijk maken zich te verdedigen of onherstelbare schade toebrengen aan rechten of rechtmatige belangen.

20 Bijgevolg vormt het besluit van een aanbestedend comité om een inschrijver niet uit te sluiten, maar om zijn inschrijving toe te staan en hem te laten deelnemen aan de ingeleide aanbestedingsprocedure, geen voor beroep vatbare besluitvormende handeling, hetgeen de betrokken persoon echter niet belet, de eventuele vastgestelde onregelmatigheden achteraf in te roepen bij de bestrijding van de handeling waarbij de opdracht is gegund, die een besluitvormende handeling is.

21 De verwijzende rechterlijke instantie twijfelt over de verenigbaarheid van die wettelijke regeling met de bepalingen van Unierecht op het gebied van openbare aanbestedingen, zoals uitgelegd door het Hof in onder meer het arrest van 11 januari 2005, Stadt Halle en RPL Lochau (C 26/03, EU:C:2005:5).

22 Gelet op die overwegingen heeft het Tribunal Superior de Justicia de Andalucía besloten, de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof de volgende prejudiciële vragen voor te leggen:

„1) Moeten de artikelen 1, lid 1, en 2, lid 1, onder a) en b), van richtlijn 89/665 in het licht van de beginselen van loyale samenwerking en nuttige werking van de richtlijnen aldus worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een nationale bepaling als artikel 310, lid 2, van Ley nr. 30/2007 [...] voor zover volgens deze bepaling het bijzonder beroep inzake overheidsopdrachten niet kan worden ingesteld tegen voorbereidingsbesluiten van de aanbestedende dienst, zoals het besluit tot aanvaarding van een offerte van een inschrijver van wie wordt gesteld dat hij, anders dan in het nationale recht en het Unierecht is voorgeschreven, niet het bewijs heeft geleverd van zijn technische bekwaamheid en economische draagkracht.

2) Zo ja, hebben de artikelen 1, lid 1, en 2, lid 1, onder a) en b), van richtlijn 89/665 directe werking?”

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Opmerkingen vooraf

23 Aangaande om te beginnen de twijfel die de Spaanse regering heeft geuit aangaande de ontvankelijkheid van het verzoek om een prejudiciële beslissing, zij in herinnering gebracht dat overeenkomstig artikel 1, lid 1, eerste en tweede alinea, van richtlijn 89/665, gelezen in samenhang met overweging 2 van richtlijn 2007/66, richtlijn 89/665 in een context als die in het hoofdgeding slechts geldt voor onder het toepassingsgebied van richtlijn 2004/18 vallende opdrachten, met uitzondering evenwel van de gevallen waarin die opdrachten zijn uitgesloten ingevolge de artikelen 10 tot en met 18 van die laatste richtlijn. De onderstaande overwegingen zijn dus gebaseerd op de premisse – het is echter aan de verwijzende rechterlijke instantie om dat te verifiëren – dat richtlijn 2004/18 van toepassing is op de opdracht in het hoofdgeding en, bijgevolg, dat richtlijn 89/665 eveneens van toepassing is op de procedure in het hoofdgeding.

Eerste vraag

24 Met haar eerste vraag wenst de verwijzende rechterlijke instantie in hoofdzaak te vernemen of artikel 1, lid 1, en artikel 2, lid 1, onder a) en b), van richtlijn 89/665 aldus moeten worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een nationale wettelijke regeling op grond waarvan het besluit om een inschrijver toe te laten tot de aanbestedingsprocedure – welk besluit beweerdelijk indruist tegen het recht van de Unie inzake overheidsopdrachten of de nationale wetgeving ter

uitvoering ervan – niet behoort tot de voorbereidende handelingen van een aanbestedende dienst die als zodanig vatbaar zijn voor beroep in rechte. 25 Terwijl op grond van artikel 310, lid 2, van wet 30/2007 als zodanig vatbaar zijn voor beroep voorbereidende handelingen die al dan niet rechtstreeks beslissend zijn voor de gunning, voortzetting van de procedure verhinderen, het onmogelijk maken zich te verdedigen of onherstelbare schade toebrengen aan rechten of rechtmatige belangen, kunnen blijkens het aan het Hof overgelegde dossier andere voorbereidende handelingen, zoals het besluit om een inschrijver toe te laten tot een procedure, uitsluitend worden bestreden in het kader van een beroep tegen het besluit waarbij een overheidsopdracht is gegund. 26 Artikel 1, lid 1, van voormelde richtlijn veronderstelt door het gebruik van de bewoordingen „met betrekking tot opdrachten”, dat ieder besluit van een aanbestedende dienst dat valt onder de uit het recht van de Unie voortvloeiende regels inzake overheidsopdrachten en dat tegen die regels kan indruisen, aan het in artikel 2, lid 1, onder a) en b), van die richtlijn bedoelde rechterlijk toezicht is onderworpen. Die bepaling verwijst dus algemeen naar de besluiten van een aanbestedende dienst, zonder onderscheid tussen die besluiten op grond van de inhoud of het moment van vaststelling ervan (zie arrest van 11 januari 2005, Stadt Halle en RPL Lochau, C 26/03, EU:C:2005:5, punt 28 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

27 Deze ruime opvatting van het begrip „besluit” van een aanbestedende dienst vindt bevestiging in het feit dat artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 in geen enkele beperking voorziet ter zake van de aard en inhoud van de erin bedoelde besluiten. Bovendien zou een restrictieve uitlegging van dat begrip onverenigbaar zijn met artikel 2, lid 1, onder a), van die richtlijn, op grond waarvan dat de lidstaten ten aanzien van elk door de aanbestedende diensten genomen besluit moeten voorzien in kortgedingprocedures (zie in die zin arrest van 11 januari 2005, Stadt Halle en RPL Lochau, C 26/03, EU:C:2005:5, punt 30 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

28 Hieruit volgt dat een besluit waarbij een inschrijver tot een aanbestedingsprocedure wordt toegelaten, zoals het besluit in het hoofdgeding, een besluit in de zin van artikel 1, lid 1, van voormelde richtlijn vormt.

29 Aan deze uitlegging van het begrip „door de aanbestedende diensten genomen besluiten” die vatbaar zijn voor beroep doet niet af de omstandigheid dat het Hof in punt 35 van het arrest van 11 januari 2005, Stadt Halle en RPL Lochau (C 26/03, EU:C:2005:5), heeft geoordeeld dat handelingen die deel uitmaken van de interne beraadslagingen van de aanbestedende dienst met het oog op de gunning van een overheidsopdracht niet vatbaar zijn voor beroep. Immers, wat de toelating van de offerte van een inschrijver in het hoofdgeding betreft, een dergelijk besluit maakt naar zijn aard geen deel uit van de interne beraadslagingen van de aanbestedende dienst. Voorts is het besluit ter kennis gebracht van Marina del Mediterraneo e.a.

30 Aangaande het moment van waaraf beroep moet kunnen worden ingesteld zij in herinnering gebracht dat richtlijn 89/665 blijkens haar tweede overweging ertoe strekt, de bestaande voorzieningen, zowel op nationaal niveau als op het niveau van de Unie, te versterken, ter verzekering van de daadwerkelijke toepassing van de richtlijnen op het gebied van overheidsopdrachten, in het bijzonder in een stadium waarin de schendingen nog ongedaan kunnen worden gemaakt. Daartoe dienen de lidstaten op grond van artikel 1, lid 1, derde alinea, van de richtlijn „ervoor te zorgen dat tegen de door de aanbestedende diensten genomen besluiten doeltreffend en vooral zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld” (zie arrest van 12 december 2002, Universale-Bau e.a., C 470/99, EU:C:2002:746, punt 74).

31 Zoals het Hof reeds heeft geoordeeld, bepaalt richtlijn 89/665 niet uitdrukkelijk vanaf welk moment de beroepsmogelijkheid waarin zij in artikel 1, lid 1, voorziet openstaat, maar mogen de lidstaten gelet op het in het voorgaande punt vermelde doel van de richtlijn aan de uitoefening van het recht van beroep niet de voorwaarde koppelen dat de openbare aanbestedingsprocedure formeel een bepaald stadium heeft bereikt (zie in die zin arrest van 11 januari 2005, Stadt Halle en RPL Lochau, C 26/03, EU:C:2005:5, punt 38).

32 Bij gebreke van regels van de Unie die bepalen vanaf welk moment beroep moet kunnen worden ingesteld, is het overeenkomstig vaste rechtspraak een aangelegenheid van het nationale recht, de gerechtelijke procedure ter bescherming van de rechten die de justitiabelen aan het Unierecht ontnemen te regelen. Die procedure mag echter niet ongunstiger zijn dan die voor soortgelijke

beroepen ter bescherming van de rechten die de justitiabelen aan het nationale recht ontleen (gelijkwaardigheidsbeginsel), en mag de uitoefening van de door de rechtsorde van de Unie verleende rechten niet in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk maken (doeltreffendheidsbeginsel) (arresten van 30 september 2010, *Strabag e.a.*, C 314/09, EU:C:2010:567, punt 34; van 6 oktober 2015, *Orizzonte Salute*, C 61/14, EU:C:2015:655, punt 46, en van 26 november 2015, *MedEval*, C 166/14, EU:C:2015:779, punten 32, 35 en 37).

33 Inzonderheid mogen de procesregels voor beroepen in rechte ter bescherming van de rechten die het Unierecht verleent aan gegadigden en inschrijvers die door besluiten van aanbestedende diensten zijn benadeeld, geen afbreuk doen aan de nuttige werking van richtlijn 89/655 (zie in die zin arresten van 3 maart 2005, *Fabricom*, C 21/03 en C 34/03, EU:C:2005:127, punt 42; van 6 oktober 2015, *Orizzonte Salute*, C 61/14, EU:C:2015:655, punt 47, en van 15 september 2016, *Star Storage e.a.*, C 439/14 en C 488/14, EU:C:2016:688, punt 43).

34 Wat specifiek het besluit betreft waarbij een inschrijver wordt toegelaten tot een aanbestedingsprocedure, zoals aan de orde in het hoofdgeding, is het in strijd met de bepalingen van richtlijn 89/665 dat de inschrijver op grond van de nationale wettelijke regeling die in het hoofdgeding aan de orde is hoe dan ook moet wachten totdat de betrokken opdracht is gegund alvorens beroep te kunnen instellen tegen de toelating van een andere inschrijver.

35 Aan deze uitlegging doet niet af de vaststelling dat de volledige verwezenlijking van de doelstelling van richtlijn 89/665 in gevaar zou komen indien het de gegadigden en de inschrijvers vrij zou staan op ieder moment van de aanbestedingsprocedure inbreuken op de regels voor het plaatsen van opdrachten op te werpen, waardoor de aanbestedende dienst de volledige procedure opnieuw zou moeten beginnen om die inbreuken te herstellen (arrest van 12 maart 2015, *eVigilo*, C 538/13, EU:C:2015:166, punt 51 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Die vaststelling betreft namelijk de rechtvaardiging van de redelijke vervaltermijnen voor beroepen tegen aanvechtbare besluiten, en niet de uitsluiting van een autonoom beroep tegen het besluit waarbij een inschrijver wordt toegelaten tot een aanbestedingsprocedure, zoals die voortvloeit uit de wettelijke regeling in het hoofdgeding.

36 Bovendien is het aan de verwijzende rechterlijke instantie, te bepalen of de overige voorwaarden betreffende de toegankelijkheid van de beroepsprocedures waarin richtlijn 89/665 voorziet, vervuld zijn. Dienaangaande moet worden opgemerkt dat volgens het bepaalde in artikel 1, lid 1, derde alinea, en lid 3, van genoemde richtlijn beroepen tegen besluiten van een aanbestedende dienst slechts als doeltreffend kunnen worden aangemerkt indien zij op zijn minst toegankelijk zijn voor eenieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde opdracht en die door een beweerde inbreuk op het recht van de Unie inzake overheidsopdrachten of de regels ter uitvoering van dat recht is of dreigt te worden benadeeld (zie in die zin arrest van 5 april 2016, *PFE*, C 689/13, EU:C:2016:199, punt 23). Het is dan ook meer in het bijzonder aan de nationale rechter, in het kader van het hoofdgeding uit te maken of *Marina del Mediterraneo e.a.* belang hebben of hebben gehad bij de gunning van de betrokken opdracht en zijn benadeeld of dreigden te worden benadeeld door het besluit van de havenautoriteit, de inschrijving van de tweede tijdelijke groep van ondernemingen toe te laten.

37 Gelet op bovenstaande overwegingen moet op de eerste vraag worden geantwoord dat artikel 1, lid 1, en artikel 2, lid 1, onder a) en b), van richtlijn 89/665 aldus moeten worden uitgelegd dat zij, in een situatie als aan de orde in het hoofdgeding, in de weg staan aan een nationale wettelijke regeling op grond waarvan het besluit om een inschrijver toe te laten tot de aanbestedingsprocedure – welk besluit beweerdelijk indruist tegen het recht van de Unie inzake overheidsopdrachten of de nationale wetgeving ter uitvoering ervan – niet behoort tot de voorbereidende handelingen van een aanbestedende dienst die als zodanig vatbaar zijn voor beroep in rechte.

Tweede vraag

38 Met haar tweede vraag wenst de verwijzende rechterlijke instantie te vernemen of artikel 1, lid 1, en artikel 2, lid 1, onder a) en b), van richtlijn 89/665 rechtstreekse werking hebben.

39 Het Hof heeft reeds geoordeeld dat de bepalingen van artikel 1, lid 1, en artikel 2, lid 1, onder b), van richtlijn 89/665 onvoorwaardelijk zijn en voldoende nauwkeurig om voor een particulier een recht te doen ontstaan waarop deze zich in voorkomend geval jegens een aanbestedende dienst kan beroepen (zie arrest van 2 juni 2005, *Koppensteiner*, C 15/04, EU:C:2005:345, punt 38).

40 Zoals de advocaat-generaal in punt 70 van zijn conclusie heeft opgemerkt, geldt dat ook voor artikel 2, lid 1, onder a), van genoemde richtlijn, gelet op de duidelijke en nauwkeurige bewoordingen van die bepaling en het nauwe functionele verband van deze laatste met artikel 2, lid 1, onder b), van dezelfde richtlijn.

41 Uit het voorgaande volgt dat op de tweede vraag moet worden geantwoord dat artikel 1, lid 1, en artikel 2, lid 1, onder a) en b), van richtlijn 89/665 rechtstreekse werking hebben.

Kosten

42 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Vierde kamer) verklaart voor recht:

1) Artikel 1, lid 1, en artikel 2, lid 1, onder a) en b), van richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken, zoals gewijzigd bij richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007, moeten aldus worden uitgelegd dat zij, in een situatie als aan de orde in het hoofdgeding, in de weg staan aan een nationale wettelijke regeling op grond waarvan het besluit om een inschrijver toe te laten tot de aanbestedingsprocedure – welk besluit beweerdelijk indruist tegen het recht van de Unie inzake overheidsopdrachten of de nationale wetgeving ter uitvoering ervan – niet behoort tot de voorbereidende handelingen van een aanbestedende dienst die als zodanig vatbaar zijn voor beroep in rechte.

2) Artikel 1, lid 1, en artikel 2, lid 1, onder a) en b), van richtlijn 89/665, zoals gewijzigd bij richtlijn 2007/66, hebben rechtstreekse werking.

110

Najvyšší súd Slovenskej republiky (Slowakije)
21 maart 2017, zaak C-76/16, verzoek om een prejudiciële beslissing
(n.v.t.)
(Concl. A-G Campos Sánchez-Bordona)

Toelaatbaarheid selectiecriteria. Financiële en economische draagkracht. Rechtsbescherming.

[Richtlijn 2004/18/EG art. 44, 47, 48; Richtlijn 89/665/EEG art. 1, 2; Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie art. 47]

De Slovenský futbalový zväz (Slowaakse voetbalbond) heeft een aanbesteding uitgeschreven voor de 'heropbouw, modernisering en bouw van voetbalstadions', met als doel de bouw van tribunes in 16 voetbalstadions.

Volgens de aankondiging van de opdracht moesten de deelnemers hun economische en financiële draagkracht aantonen door 'het overleggen van verklaringen van banken of filialen van buitenlandse banken betreffende de toekenning van een lening met een minimum van 3 miljoen EUR gedurende de tijd van de opdracht (48 maanden)'.

Eerste prejudiciële vraag

Handelt een nationale autoriteit in overeenstemming met het doel van artikel 47, met name lid 1, onder a), en lid 4, van richtlijn 2004/18/EG, wanneer zij vaststelt dat een inschrijver voor een opdracht waarvan de waarde op 3 miljoen EUR wordt geschat, niet aan het selectie criterium inzake de economische en financiële draagkracht voldoet, terwijl de verklaring op eer die hij heeft afgeleverd en de verklaring die hij van zijn bank heeft gekregen, bevestigen dat hij in staat is om krachtens een banklening die niet voor een bepaald doel is bestemd, bedragen op te nemen tot een limiet die hoger is dan de waarde van de opdracht?

Conform de artikelen 44 en 47 van richtlijn 2004/18 mag, om de geschiktheid vast te stellen van degenen die deelnemen aan de aanbesteding van een opdracht, een minimumniveau van economische en financiële draagkracht worden verlangd, welk niveau zij, hetzij door de middelen en referenties die in de aankondiging van de opdracht worden omschreven (leden 1 en 4 van artikel 47), hetzij met andere bescheiden die de aanbestedende dienst daarvoor geschikt acht (lid 5), moeten aantonen.

Er bestaat geen meningsverschil tussen partijen over het noodzakelijke solventieniveau (dat zich vertaalt in het bedrag van de bancaire lening), en evenmin over de eis om dit aan te tonen met een verklaring van de bank. Het geschil betreft veeleer de duur van de in de aankondiging van de opdracht gevraagde bancaire dekking: het krediet moet beschikbaar blijven 'gedurende de periode van de opdracht', namelijk gedurende de 48 maanden waarin de opdracht moet worden uitgevoerd. Is deze concrete eis in strijd met de artikelen 44 en 47 van richtlijn 2004/18? De A-G meent van niet.

De artikelen 44 en 47 van richtlijn 2004/18 staan de aanbestedende diensten niet alleen toe om van de inschrijvers een minimumniveau van financiële en economische draagkracht te eisen, maar ook om in de betreffende aankondigingen van een opdracht de overlegging te verlangen van bepaalde bewijzen dat zij over een economische en financiële basis beschikken die voldoende is voor de uitvoering van de opdracht, gedurende de gehele periode die daarvoor is vastgesteld. Bij de concrete invulling van die eis hebben de aanbestedende diensten, een grote keuzevrijheid.

De aanbestedende dienst mocht, gebruikmakend van zijn vrijheid om de voorwaarden te bepalen inzake de draagkracht en de middelen om die aan te tonen, in deze zaak om overlegging van de bancaire documenten vragen overeenkomstig de bewoordingen van de aankondiging van de opdracht, aangezien:

- het bedrag van het krediet, tot 3 miljoen EUR, verband hield met het voorwerp van de opdracht en daarmee in verhouding stond (de totale waarde van de opdracht was meer dan 25 miljoen EUR), zoals artikel 44, lid 2, van richtlijn 2004/18 voorschrijft;

- de periode waarover deze door een bank gegeven waarborg voor hun draagkracht zich moest uitstrekken, samenviel met die van de uitvoering van de opdracht, hetgeen logisch (en redelijk) is.

Kortom: artikel 47, met name lid 1, onder a), en lid 4, van richtlijn 2004/18/EG verzet zich er niet tegen dat een aankondiging van een opdracht, als selectiecriteria inzake de financiële en economische draagkracht van de te kiezen inschrijver, de voorwaarde bevat die was opgenomen in de aankondiging die aanleiding was voor het hoofdgeding. Het is de taak van de nationale rechter, te onderzoeken of de uitgesloten inschrijvers aan dat criterium hebben voldaan.

Tweede prejudiciële vraag

Is de gedraging van een bank op de markt van bankdiensten van een lidstaat waarbij zij in het kader van een bindende krediettoezegging de terbeschikkingstelling van de gevraagde middelen onderwerpt aan de voorwaarden van de leningsovereenkomst, die op het moment van de aanbestedingsprocedure niet concreet zijn bepaald, een gegronde reden in de zin van artikel 47, lid 5, van richtlijn 2004/18 waardoor de inschrijver niet in staat is de door de aanbestedende dienst gevraagde referenties over te leggen, en zo ja, kan de inschrijver dan zijn economische en financiële draagkracht aantonen met een verklaring op eer die bevestigt dat de kredietrelatie tussen de inschrijver en de bank ruim genoeg is?

Wil artikel 47, lid 5, van de richtlijn kunnen worden toegepast, dan mag de ondernemer in de eerste plaats niet in staat zijn de door de aanbestedende dienst gevraagd referenties te vergaren. In de tweede plaats moet er voor de onmogelijkheid daartoe een 'gegronde reden' zijn. Enkel als er sprake is van beide omstandigheden, mag de inschrijver andere bewijsmiddelen aandragen om zijn solventie aan te tonen.

In de onderhavige zaak zou dus de 'objectieve' onmogelijkheid moeten aangetoond om een bancaire krediet te verkrijgen dat bestemd is voor de nakoming van de overeenkomst, gedurende de periode van uitvoering van de opdracht. Dit is een puur feitelijke vraag, die de nationale rechter moet beantwoorden.

Als de verwijzende rechter tot de conclusie komt dat het mogelijk is om in Slowakije een dergelijke bancaire toezegging te verkrijgen, dan valt het argument voor de toepassing van lid 5 van artikel 47 van richtlijn 2004/18 gewoon weg. Als het daarentegen onmogelijk is om die bancaire toezegging te verkrijgen, zou kunnen worden overgegaan tot beoordeling van alternatieve bewijzen die de inschrijver heeft overgelegd om zijn draagkracht aan te tonen.

Kortom: het is de taak van de verwijzende rechter te onderzoeken of er een 'gegronde reden' bestond in de zin van artikel 47, lid 5, van richtlijn 2004/18 waardoor de inschrijver niet in staat was de door de aanbestedende dienst gevraagde referenties over te leggen. Als er sprake is van een gegronde reden, dan moet hij tevens onderzoeken of volgens het Slovaakse recht een verklaring op eer van de inschrijver over zijn draagkracht kan worden toegelaten als een geschikte economische en financiële garantie.

Derde prejudiciële vraag

Wat de verwijzende rechter lijkt te willen vernemen is of, tegen de achtergrond van artikel 47 van het Handvest in samenhang met artikel 1, lid 1, en artikel 2, leden 3, 6, 7 en 8, van richtlijn 89/665, het feit dat de opdracht bijna voltooid is, een beletsel vormt voor de uitgesloten inschrijver om de hem toekomende vorderingen (beroepen) uit te oefenen tegen het gunningsbesluit, en om nietigverklaring ervan te verzoeken.

Aangezien artikel 2, lid 4, van richtlijn 89/665 aanvaardt dat het instellen van beroep niet automatisch schorsende werking heeft, is het logisch dat de richtlijn in de mogelijkheid voorziet dat een vordering tot nietigverklaring wordt ingesteld inzake een opdracht die hetzij in uitvoering is, hetzij al is voltooid. Feitelijk geeft richtlijn 89/665 geen eenduidige oplossing hiervoor. In sommige gevallen (artikelen 2 quinquies tot en met 2 septies) wordt de regeling van de richtlijn zelf toegepast. In andere gevallen daarentegen (artikel 2, lid 7, van de richtlijn) moet het nationale recht vaststellen wat het gevolg van de beroepsprocedures moet zijn voor de gesloten overeenkomsten.

Wat echter ontoelaatbaar zou zijn binnen deze waaier van mogelijkheden waarmee de verwijzende rechter (of de beroepsinstantie in eerste aanleg) rekening moet houden, is dat de feitelijke stand van de uitvoering van de opdracht als een onoverkomelijke barrière kan worden beschouwd voor de beantwoording van de vraag of het besluit waarmee de inschrijver werd uitgesloten, wettig was.

Het is, ook hier, de taak van de nationale rechter de gevolgen te onderzoeken van een mogelijke nietigverklaring van het besluit tot gunning van de opdracht.

Kortom: het feit dat de opdracht door de gekozen inschrijver bijna geheel is uitgevoerd, vormt geen beletsel voor de uitgesloten inschrijvers om de hun toekomende vorderingen in te stellen overeenkomstig artikel 47, eerste en tweede alinea, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, gelezen in samenhang met de artikelen 1 en 2 van richtlijn 89/665/EEG.

INGSTEEL spol. s r.o.,

Metrostav, a.s.,

tegen

Úrad pre verejné obstarávanie

[verzoek van de Najvyšší súd Slovenskej republiky (hoogste rechterlijke instantie van de Slowaakse Republiek) om een prejudiciële beslissing]

De volledige uitspraak is te raadplegen op www.sdujurisprudentie.nl.

111

Consiglio di Stato (Italië)

30 maart 2017, zaak C-560/15, verzoek om een prejudiciële beslissing (n.v.t.)

(Concl. A-G Kokott)

Nationale procedureregels. Vertrouwensbeginsel. Discriminatiebeginsel. Kosteloze aanbesteding.

[VWEU art. 267; Richtlijn 2002/20 art. 5 en 7; Richtlijn 2002/21 art. 2, 3 en 6; Richtlijn 2009/140 overweging 13]

De overgang van analoge naar digitale televisie in Italië maakte een procedure noodzakelijk voor de toewijzing van de nieuwe digitale zendfrequenties. Daartoe heeft de Italiaanse nationale regelgevende instantie, de Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (hierna: AGCOM) op 7 april 2009 besluit 181/09/CONS vastgesteld, waarin zij de criteria vaststelde voor de volledige digitalisering van de terrestrische netwerken en tegelijkertijd een mechanisme invoerde voor de toekenning van de daarvoor toe te wijzen frequenties. Dat besluit is vastgesteld tegen de achtergrond van een lopende niet-nakomingsprocedure, waarmee de Europese Commissie Italië heeft aangemaand dat zij bij de toekenning van haar digitale frequenties niet de tot dusver reeds op de markt actieve aanbieders van analoge televisiezenders mocht bevoordelen. Teneinde een rechtvaardige verdeling van deze digitale multiplexen te waarborgen, zijn de 21 multiplexen in drie groepen onderverdeeld, die volgens verschillende criteria dienden te worden toegekend. Bovendien werd als bovengrens vastgelegd dat geen netwerkexploitant alleen over meer dan in totaal vijf multiplexen mocht beschik-

ken; ook de Commissie had in de niet-nakomingsprocedure aangemaand tot een dergelijk maximumaantal van vijf multiplexen.

Deze zaak heeft alleen betrekking op een deel (de zgn. 'derde groep') van deze multiplexen. De toewijzing daarvan zou oorspronkelijk kosteloos en door middel van een aanbestedingsprocedure, de zogenaamde 'beauty contest', aan de meest geschikte marktdeelnemer plaatsvinden.

Nog voor de gunning heeft het Italiaanse ministerie van Economische Ontwikkeling de procedure betreffende deze kosteloze aanbesteding echter geschorst. Vervolgens heeft AGCOM op 11 april 2013 – wederom na een openbare raadpleging en na overleg met de Europese Commissie - de voorschriften voor de nieuwe aanbestedingsprocedure goedgekeurd. Daarin is onder andere het aantal toe te wijzen digitale multiplexen op drie vastgesteld en is bepaald dat netwerkexploitanten, die reeds drie of meer multiplexen bezaten, van deelname aan de aanbesteding waren uitgesloten.

De nieuwe procedure is ten slotte met de bekendmaking ervan op 12 februari ingeleid.

Bij besluit van 11 juni 2015, ingekomen op 30 oktober 2015, heeft de Consiglio di Stato de behandeling van de procedure geschorst en het Hof krachtens artikel 267 VWEU verzocht om een prejudiciële beslissing over zes vragen. De derde en de vierde prejudiciële vraag zijn gedeeltelijk niet-ontvankelijk, de zesde prejudiciële vraag is in zijn geheel niet-ontvankelijk. Voor het overige volgt de conclusie van de AG hieronder.

1. Ingrijpen van overheidsinstanties in een lopende procedure van de nationale regelgevende instantie (eerste en vijfde prejudiciële vraag)

a) Schending van de onafhankelijkheid van de nationale regelgevende instantie (eerste prejudiciële vraag)

Lidstaten hebben uitdrukkelijk de plicht de onafhankelijkheid van hun nationale regelgevende instanties te waarborgen (artikel 3, leden 2 en 3 bis, van richtlijn 2002/21 en overweging 13 van richtlijn 2009/140). Met de door het ministerie voor Economische Ontwikkeling gelaste schorsing van de eerste kosteloze frequentietoewijzingsprocedure van de AGCOM en de later door de Italiaanse wetgever vastgestelde stopzetting van deze procedure, is in een lopende procedure van de nationale regelgevende instantie ingegrepen door twee staatsinstellingen die hiertoe volgens het nieuwe gemeenschappelijk regelgevingskader niet bevoegd zijn. Een handelwijze zoals die van het Italiaanse ministerie van Economische Ontwikkeling en van de Italiaanse wetgever, waarmee een

lopende procedure van de nationale regelgevende instantie om te beginnen is geschorst en later is afgebroken, leidt tot schending van de onafhankelijkheid van deze regelgevende instantie.

b) Het vertrouwensbeginsel van het recht van de Unie (vijfde prejudiciële vraag)

Aan de deelnemers aan de eerste, later nietig verklaarde aanbesteding zijn geen toezeggingen gedaan van de zijde van de bevoegde Italiaanse instanties, waaruit had kunnen worden afgeleid dat deze ondernemingen bepaalde uit het digitale dividend afkomstige televisiefrequenties zouden worden gegund. Met name houdt alleen de omstandigheid dat de aanbieder van een deelnemer ontvankelijk is verklaard, anders dan een tijdens de mondeling behandeling aangevoerde mening, nog geen bindende uitspraak in dat deze deelnemer aan het eind van de procedure de gunning verkrijgt.

2. Enige nadere procedurele problemen (tweede prejudiciële vraag)

a) Vereiste inzake een voorafgaande openbare raadpleging

De verplichting tot raadpleging overeenkomstig artikel 7, lid 1, onder b), van richtlijn 2002/20 juncto artikel 6 van richtlijn 2002/21 in casu niet op de wetgever, maar alleen op AGCOM, die deze verplichting in de aanloop naar haar besluit ook is nagekomen.

Derhalve duidt niets op schending van genoemde Unierechtelijke verplichting tot raadpleging.

b) Vermeende uitoefening van regelgevende taken door de nationale wetgever

Terwijl de nationale wetgever met inachtneming van alle voorwaarden van het recht van de Unie, het algemene kader voor de totstandbrenging en de exploitatie van elektronische communicatienetwerken en -diensten moet omschrijven, is het aan de nationale regelgevende instanties om binnen dat kader afzonderlijke besluiten te nemen, geschillen te beslechten en door middel van marktregulering ex ante de details van de werking van dergelijke netwerken en diensten vast te stellen.

De vaststelling of in een lidstaat digitale televisiefrequenties kosteloos of tegen betaling moeten worden toegewezen, vormt echter niet een dergelijk afzonderlijk besluit en ook geen detail van de werking van de betrokken communicatienetwerken en -diensten, maar veeleer een politiek beginselbesluit, waarbij de nationale autoriteiten niet in de laatste plaats naar behoren rekening moeten houden met de belangrijke economische waarde van deze frequenties.

Een dergelijk beginselbesluit behoort niet tot de regelgevende taken in de zin van artikel 2, onder g), van richtlijn 2002/21. Het kon derhalve door de nationale wetgever worden getroffen en behoefde niet noodzakelijkerwijze aan de nationale regelgevende instantie AGCOM te worden voorbehouden.

3. De aan de tweede aanbesteding gestelde materiele rechtelijke eisen (derde, vierde en zesde prejudiciële vraag)

a) Op betaling berustende toewijzing in het kader van de tweede aanbesteding

In het middelpunt van het geschil tussen de deelnemers aan de procedure staat de met de derde en de zesde prejudiciële vraag aangekaarte omstandigheid dat de frequentietoewijzing in het kader van de nieuwe tweede aanbesteding op betaling berustte, nadat de Italiaanse wetgever de voorafgaande eerste aanbesteding nietig heeft verklaard, nog voordat deze kon worden voltooid.

– In principe vormt kosteloosheid geen vereiste van het recht van de Unie

Zoals met name de Commissie terecht aanvoert, schrijft geen van de bepalingen van het nieuwe gemeenschappelijk regelgevingskader dwingend voor dat de toewijzing van televisiefrequenties kosteloos en alleen op grond van de geschiktheid van de deelnemers (bijvoorbeeld door middel van een „beauty contest“) dient te geschieden. De verwijzing naar „vergelijkende en op mededinging gebaseerde selectieprocedures“ in artikel 5, lid 4, en in artikel 7, lid 4, van richtlijn 2002/20 is integendeel voldoende ruim geformuleerd om zowel kosteloze als op betaling berustende toewijzingsmodellen te kunnen omvatten.

– Geen discriminatie van nieuwe netwerkexploitanten tegen zichtbare van reeds bestaande netwerkexploitanten

De vergelijkbaarheid van situaties moet met name worden beoordeeld tegen de achtergrond van het voorwerp en het doel van de desbetreffende maatregel. Bovendien moet rekening worden gehouden met de beginselen en doelstellingen van het gebied waaronder de betrokken handeling valt. In het onderhavige geval diende de kosteloze toewijzing van digitale televisiefrequenties uit de eerste en de tweede groep aan Rai en Mediaset ertoe de dubbele doelstelling om de continuïteit van het televisieaanbod in Italië te waarborgen en om reeds verrichte investeringen in digitale technologie te honoreren. Tegen deze achtergrond zijn er voor discriminatie tussen deze beide groepen ondernemingen – in elk geval op grond van de voor het Hof beschikbare informatie – niet voldoende aanknopingspunten.

b) Beperking van het aantal toe te wijzen digitale frequenties

Naast de op betaling berustende toewijzing van de frequenties is in de procedure voor het Hof eveneens terloops de omstandigheid besproken dat in de tweede aanbestedingsronde in vergelijking tot de eerste, geannuleerde aanbestedingsronde in minder toe te wijzen digitale multiplexen was voorzien, namelijk nog maar drie in plaats van de oorspronkelijke vijf. Dat aspect wordt met de vierde vraag van de verwijzende rechter aangevoerd.

Deze vermindering is te wijten aan twee redenen: in de eerste plaats zouden bepaalde frequenties op grond van adviezen in het kader van de Internationale Telecommunicatie Unie (ITU) voortaan niet meer aan televisie, maar aan telecommunicatie zijn voorbehouden. In de tweede plaats liepen bepaalde frequenties een serieus risico van schadelijke interferentie.

Het is niet de taak van het Hof, maar van de verwijzende rechter om te onderzoeken of deze beweringen juist zijn en of de beginselen van objectiviteit, transparantie, non-discriminatie en evenredigheid in acht zijn genomen wanneer uitgerekend in de in casu litigieuze derde groep van de te verdelen televisiefrequenties – derhalve met name in het kader van het digitale dividend – een vermindering van de beschikbare digitale multiplexen van vijf naar drie heeft plaatsgevonden.

In het kader van deze prejudiciële procedure volstaat de vaststelling dat de genoemde redenen (in aanmerking nemen van de adviezen van de ITU en vermindering van schadelijke interferentie) van algemeen belang zijn en een vermindering van het aanbod aan digitale televisiefrequenties kunnen rechtvaardigen, vooropgesteld dat de daarna nog beschikbare frequenties uit het digitale dividend voldoende zijn om aan de mededinging en het pluralisme van de media te voldoen en in noemenswaardige omvang nieuwe toetredingen tot de markt mogelijk te maken.

Europa Way Srl en

Persidera SpA

tegen

Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e.a.

[verzoek van de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië) om een prejudiciële beslissing]

De volledige uitspraak is te raadplegen op www.sdujurisprudentie.nl.

112

Fovárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság
5 april 2017, zaak C-49/16, verzoek om een
prejudiciële beslissing
(n.v.t.)
(Concl. A-G Szpunar)

**Vrij verkeer van diensten. Kansspelvergunning.
Transparantiebeginsel. Gelijkheidsbeginsel.
Evenredigheidsbeginsel.**

[VWEU art. 56]

Unibet, verzoekster in het hoofdgeding, is gevestigd in Malta en beschikt over vergunningen voor het organiseren van kansspelen die zijn verleend door de autoriteiten van verschillende lidstaten van de Europese Unie. Het Hongaars centraal bureau van de nationale belasting- en douanediens (hierna: belastingdienst), verweerder in het hoofdgeding, heeft in zijn hoedanigheid van toezichthoudende autoriteit voor de kansspelen in de zomer van 2014 inspecties uitgevoerd met betrekking tot de inhoud van door Unibet geëxploiteerde websites.

Op basis van die inspecties stelde de belastingdienst vast dat toegang tot kansspelen in de zin van de desbetreffende Hongaarse bepalingen mogelijk was, hoewel Unibet niet over de vereiste vergunningen beschikte. De belastingdienst stelde twee tot Unibet gerichte besluiten vast, waarbij tijdelijk de toegang vanuit Hongarije tot de onderzochte websites werd verboden. Unibet bestrijdt de besluiten van de belastingdienst en verzoekt om nietigverklaring daarvan. Zij voert aan dat de wetgeving waarop zij berusten, in strijd is met artikel 56 VWEU. Unibet betoogt dat de door deze wetgeving gestelde eisen van dien aard zijn, dat het voor haar in de praktijk onmogelijk is om de concessie te verkrijgen die als voorwaarde geldt voor afgifte van een vergunning voor het organiseren van online kansspelen.

In het kader van deze procedure heeft de Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság drie prejudiciële vragen gesteld (in het kader van deze conclusie worden de termen vergunning, concessie en vergunningsvereiste door elkaar gebruikt).

Eerste vraag

Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 56 VWEU zich verzet tegen nationale wetgeving die bepaalt dat

een wettig in een andere lidstaat gevestigde aanbieder van online kansspelen in theorie een vergunning kan verkrijgen, terwijl verwerving van een dergelijke vergunning voor die aanbieder in feite onmogelijk zou zijn.

Unibet, gevestigd in Malta, wil via het internet een dienst aanbieden aan klanten in Hongarije. Wat dat betreft heeft het Hof al geoordeeld dat kansspelen die online worden aangeboden, een dienst zijn in de zin van artikel 56 VWEU.

Het Hof heeft in vaste rechtspraak geoordeeld dat de regeling van een lidstaat die in andere lidstaten gevestigde dienstverrichters verbiedt om op het grondgebied van deze staat diensten aan te bieden via het internet, een beperking van de in artikel 56 VWEU verankerde vrijheid van dienstverrichting vormt. Een dergelijke regeling beperkt tevens de vrijheid van de ingezetenen van de betrokken lidstaat om via het internet gebruik te maken van in andere lidstaten aangeboden diensten. Hetzelfde geldt voor een verbod om dit te doen zonder voorafgaande vergunning van de bestuurlijke autoriteiten.

Gezien de hier weergegeven vaste rechtspraak, kan niet worden ontkend dat de Hongaarse wetgeving zoals die gold op de datum van zowel het eerste als het tweede besluit, een beperking van de vrijheid van dienstverrichting vormt. Op beide data was Unibet verplicht om een vergunningsprocedure te doorlopen. Het bestaan van een vergunningsprocedure volstaat om een beperking te vormen. Alle overige vragen, met name die welke verband houden met de voorwaarden en het verloop van een vergunningsprocedure, moeten worden onderzocht vanuit het oogpunt van een eventuele rechtvaardiging.

Vraag is dus of de Hongaarse wetgeving gerechtvaardigd kan worden. Uit de twee bestuursbesluiten blijkt dat in beide gevallen de Hongaarse regering geen enkele rechtvaardigingsgrond heeft aangevoerd.

Ook indien wordt aangenomen dat de Hongaarse wetgeving is ingegeven door een dwingend vereiste van algemeen belang, dient een dergelijk stelsel niettemin evenredig te zijn. Kortom, nationale wetgeving kan alleen geschikt zijn om de verwezenlijking van het betrokken doel te waarborgen, wanneer de verwezenlijking ervan daadwerkelijk op coherente en systematische wijze wordt nagestreefd.

Openbare autoriteiten die concessieovereenkomsten sluiten, moeten de fundamentele regels van het Verdrag in het algemeen, en de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie op grond

van nationaliteit en de daaruit voortvloeiende transparantieplichting in het bijzonder, in acht nemen.

De A.G. geeft het Hof in overweging op de eerste vraag te antwoorden dat artikel 56 VWEU zich verzet tegen nationale wetgeving als aan de orde in het hoofdgeding, op grond waarvan een wettig in een andere lidstaat gevestigde aanbieder van online kansspelen in theorie een vergunning kan verkrijgen, maar deze aanbieder in feite wordt belemmerd om een vergunning te verkrijgen omdat de regeling hetzij discriminerend is, hetzij niet voldoet aan de vereisten van evenredigheid of transparantie.

Derde vraag

Met zijn derde vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen, voor het geval nationale wetgeving als de onderhavige in strijd met artikel 56 VWEU is, of een wegens overtreding van die wetgeving aan de aanbieder opgelegde boete eveneens in strijd is met artikel 56 VWEU.

Het is vaste rechtspraak van het Hof dat wanneer een beperkende regeling inzake kansspelen is ingevoerd die onverenigbaar is met artikel 56 VWEU, voor de schending ervan door een marktdeelnemer geen sancties kunnen worden opgelegd. Anders dan de Hongaarse regering meent, geldt dit zowel voor strafrechtelijke als voor (in dit geval) administratieve sancties.

Hieruit volgt voor de onderhavige zaak dat de aan Unibet opgelegde sancties eveneens in strijd zijn met artikel 56 VWEU.

De A.G. geeft het Hof in overweging om op de derde vraag te antwoorden dat geen sancties kunnen worden opgelegd voor een schending door een marktdeelnemer van een regeling als in de onderhavige zaak aan de orde is.

Tweede vraag

Deze vraag berust op de aanname dat het nationale juridische kader verenigbaar is met artikel 56 VWEU. Zoals hierboven is aangetoond, is dit niet het geval.

De A.G. stelt voor de tweede vraag aldus te beantwoorden dat het ontbreken van nationale uitvoeringsbepalingen niet van invloed is op de bevindingen met betrekking tot de eerste vraag.

Unibet International Limited

tegen

Nemzeti Adó- és Vámhivatal Központi Hivatal

[verzoek van de Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság (bestuurs- en arbeidsrechter Boedapest, Hongarije) om een prejudiciële beslissing]

De volledige uitspraak is te raadplegen op www.sdujurisprudentie.nl.

113

Gerechtshof Den Haag

7 maart 2017, nr. 200.207.104/01,

ECLI:NL:GHDHA:2017:470

(mr. Van der Helm, mr. Burg, mr. Glazener)

Zie openingsnoot mr. M.J.J.M. Essers

Concessieovereenkomst. Drempelbedrag. Grensoverschrijdend belang. Overbruggingsovereenkomst. Ingrijpen in gesloten overeenkomst.

[Aanbestedingswet 2012 art. 1.8, 1.9, 1.10]

In januari 2007 heeft Rotterdamse Elektrische Tram N.V. (hierna: RET Services) aan JCDecaux Nederland (hierna: JCDecaux c.s.) bericht dat zij voornemens was een overeenkomst aan te gaan met een rechtsvoorganger van Exterior inzake de exploitatie van het reclame-arsenaal van RET Services. Daarop heeft JCDecaux Nederland een kort geding ahangig gemaakt, bij vonnis van 28 juni 2007 heeft de voorzieningenrechter RET Services verboden de exploitatie van haar reclame-arsenaal aan een derde te gunnen zonder eerst JCDecaux Nederland in de gelegenheid te stellen een aanbieding te doen. Nadat JCDecaux Nederland daartoe was uitgenodigd heeft RET Services in 2009 alsnog gecontracteerd met (de rechtsvoorganger van) Exterior voor een periode van 7 jaar.

RET Services en Exterior hebben op 15 maart 2016 een overeenkomst gesloten waarbij Exterior exclusieve exploitatierechten voor reclame opabri's, bussen, trams en metrostations in de regio Rotterdam heeft verkregen. De overeenkomst is gesloten voor een periode van 10 jaar, ingaande 1 januari 2017.

Bij arrest van 25 oktober 2016 (ECLI:NL:GHDHA:2016:3169) heeft het Gerechtshof Den Haag RET Services verboden de op 15 maart

2016 met Exterion gesloten concessieovereenkomst uit te voeren vanaf 1 januari 2017 en heeft het hof RET Services geboden, voor zover zij de gesloten concessieovereenkomst nog wil sluiten, binnen twee maanden na betekening van het arrest een aankondiging van een concessieovereenkomst ter zake van de exploitatie van de reclameobjecten van eenzelfde strekking als de concessieovereenkomst gesloten met Exterion, bekend te maken met inachtneming van de bepalingen van de Aanbestedingswet (Aw).

RET Services heeft op 11 november 2016 een openbare aankondiging gedaan voor het sluiten van een concessieovereenkomst. In de aankondiging is onder meer vermeld dat de beoogde ingangsdatum van de te sluiten overeenkomst 1 april 2017 is, dat de overeenkomst een looptijd heeft tot 31 maart 2022 en dat de overeenkomst eenmaal voor de duur van één jaar verlengd kan worden. RET Services heeft een overbruggingsovereenkomst gesloten met Exterion voor de duur van drie maanden met een, eenmalige, verlengingsmogelijkheid van drie maanden (tot 1 juli 2017).

JCDecaux c.s. heeft daarop andermaal een kort geding ahangig gemaakt. Zij vorderden primair RET Services te verbieden onderhands een overbruggingsovereenkomst met Exterion te sluiten, althans RET Services te verbieden aan een eventueel reeds gesloten overeenkomst uitvoering te geven. Voorts vorderden zij dat het RET Services zou worden geboden, voor zover RET Services een overbruggingsovereenkomst wenst te sluiten, een offerteprocedure met inachtneming van de artikelen 1.8, 1.9 en 1.10 Aw 2012 te organiseren en JCDecaux c.s. daarvoor uit te nodigen. JCDecaux c.s. vorderden verder dat het RET Services zou worden geboden tot aanpassing van de aanbestedingsprocedure voor de nieuwe concessieovereenkomst over te gaan, zodat deze procedure gaat voldoen aan de Aw 2012. De voorzieningenrechter heeft deze vorderingen afgewezen.

De overbruggingsovereenkomst

RET Services heeft aangegeven dat in het geval de stellingen van JCDecaux c.s. worden gevolgd, geen aanbesteding voor een nieuwe overbruggingsovereenkomst zal worden georganiseerd. Het hof begrijpt die stelling aldus dat in dat geval in afwachting van de nieuwe concessie-overeenkomst tot (uiterlijk) 1 juli 2017 geen exploitant zal worden aangezocht voor de betreffende reclamevakken. Het staat RET Services vrij daarvoor te kiezen. Bij die stand van zaken is echter niet goed in te zien

wat het belang van JCDecaux c.s. is bij een verbod om verder uitvoering te geven aan de met Exterion gesloten overbruggingsovereenkomst.

Daar komt het volgende bij. JCDecaux c.s. proberen met deze procedure te bewerkstelligen dat zij kunnen meedingen naar een overbruggingsovereenkomst. Als er verondersteltenderwijs van uit wordt gegaan dat de stellingen van JCDecaux c.s. met betrekking tot de waarde van de overbruggingsovereenkomst juist zijn, brengt dit met zich dat een procedure als bedoeld in deel 2a Aw 2012 moet worden gevoerd en dat de daarop betrekking hebbende bepalingen, waaronder die met betrekking tot de in acht te nemen termijnen, moeten worden gevolgd. Uitgaande van de datum waarop dit arrest zal worden gewezen, betekent dit dat het naar redelijke verwachting onmogelijk is om voor 1 april 2017 een aanbestedingsprocedure voor een andere overbruggingsovereenkomst te organiseren en af te ronden. Het door JCDecaux c.s. aangevoerde strategische belang stuit in deze context af op het feit dat het tijdstip van het indienen van de BAFO is gelegen vóór het tijdstip dat een eventueel aan JCDecaux c.s. gegunde overbruggingsovereenkomst zal zijn aangevangen. Een redelijke afweging van belangen brengt al met al mee dat van RET Services niet kan worden gevergd tot een aanbestedingsprocedure met betrekking tot een overbruggingsovereenkomst over te gaan.

De in hoger beroep geformuleerde vorderingen met betrekking tot de overbruggingsovereenkomst stuiten hierop reeds af.

Omdat het oordeel van het hof in belangrijke mate is gebaseerd op de geringe tijdspanne die (hoogstwaarschijnlijk) nog maar resteert tussen zijn arrest en het tijdstip van het ingaan van de nieuwe concessie, moet het hof onderzoeken of de vordering die in eerste aanleg ter beoordeling voorlag, toen die tijdspanne groter was, terecht is toe- of afgewezen. Dit om te kunnen beoordelen of de veroordeling van JCDecaux c.s. in de proceskosten in eerste aanleg terecht is geweest. Het hof zal daartoe beoordelen of voldoende aannemelijk is dat het belang van de overbruggingsovereenkomst de drempelwaarde overschrijdt en of er, als dat niet het geval is, sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang. Het hof beantwoordt beide vragen ontkennend.

Grensoverschrijdend belang

Uit de thans voorliggende feiten kan het hof niet afleiden dat de overbruggingsovereenkomst een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft. Daaraan ligt het volgende ten grondslag.

In de eerste plaats is het belang van de overbruggingsovereenkomst een fractie van het belang van de nieuwe concessieopdracht en ligt dat belang, zoals het hof hiervoor (voorlopig) heeft geoordeeld, zelfs beneden de drempelwaarde van € 5.225.000,-. Aan het belang van de overbruggingsovereenkomst kan dus geenszins de betekenis worden toegekend die in het arrest van 25 oktober 2016 aan de waarde van de nieuwe concessieopdracht is gehecht. Ook overigens kan uit de bijzondere omstandigheden van de overbruggingsovereenkomst niet worden afgeleid dat er een duidelijk grensoverschrijdend belang is. De stelling van JCDecaux c.s. dat er een strategisch belang is voor (buitenlandse) inschrijvers op de nieuwe concessieopdracht om ook de overbruggingsovereenkomst te mogen sluiten en dat daarmee een grensoverschrijdend belang is gegeven, stuit in ieder geval af op het feit dat de tijd tussen 1 januari 2017 (de ingangsdatum van de bestaande overbruggingsovereenkomst) en het tijdstip van indiening van het BAFO voor de nieuwe concessie zodanig kort is, dat niet kan worden aangenomen dat in die periode strategische kennis kon worden verworven die voor de nieuwe concessie van belang is, dit nog daargelaten dat het niet toelaatbaar zou zijn dat een inschrijver op deze manier boven de andere inschrijvers zou beschikken over relevante informatie voor de nieuwe concessie. Het enkele feit dat de Franse moedermaatschappij van JCDecaux Nederland B.V. ook als eiseres in deze procedure is betrokken en haar belangstelling voor de nieuwe concessieovereenkomst kenbaar heeft gemaakt, acht het hof onvoldoende om een duidelijk grensoverschrijdend belang voor de overbruggingsovereenkomst aan te nemen. Uit de Gids Proportionaliteit, waarnaar JCDecaux c.s. verwijzen, volgt niet iets anders.

De aanbestedingsprocedure voor de nieuwe concessie

Met betrekking tot de klachten die JCDecaux c.s. hebben geformuleerd over de lopende aanbestedingsprocedure overweegt het hof als volgt. Van een potentiële inschrijver mag worden verwacht dat hij zich proactief opstelt en klachten tegen een aanbestedingsprocedure in een zo vroeg mogelijk stadium aan de aanbestedende dienst kenbaar maakt en zijn vragen over onduidelijkheden in de aanbestedingstukken ook in een zo vroeg mogelijk stadium aan de orde stelt. Onder omstandigheden kan dit meebrengen dat dergelijke klachten en vragen reeds voordat de aanbestedingsprocedure tot een gunningsbeslissing heeft geleid in een kort geding aan de orde worden gesteld.

De aanbestedingsprocedure voor de nieuwe concessie voorziet echter erin dat na de initiële inschrijving met alle inschrijvers een onderhandelingsprocedure volgt. RET Services heeft ter zitting van het hof bevestigd dat de door JCDecaux c.s. in dit hoger beroep aan de orde gestelde bezwaren tegen de merkverwijzing met betrekking tot de abri en de termijn voor het indienen van het BAFO nog kunnen leiden tot wijzigingen in de aanbesteding. Zij heeft er daarbij onweersproken op gewezen dat er op 15 februari 2017, dus ten tijde van de zitting van het hof nog een toekomstig moment, nog een nota van inlichtingen zou worden gepubliceerd waarin wijzigingen kunnen worden doorgevoerd. Onder die omstandigheden acht het hof de vorderingen, met RET Services, prematuur en zullen JCDecaux c.s. in die vorderingen niet-ontvankelijk worden verklaard.

Conclusie en afronding

Het bovenstaande brengt mee dat het hoger beroep faalt. Omdat het hof heeft geoordeeld dat de vorderingen met betrekking tot de nieuwe aanbestedingsprocedure prematuur zijn, dienen JCDecaux c.s. in die vorderingen niet-ontvankelijk te worden verklaard, zodat er geen misverstand over kan bestaan dat deze vorderingen in een later stadium, indien nodig, alsnog door de rechter kunnen worden beoordeeld. Het hof zal daarom, eveneens ter vermindering van misverstanden, het vonnis van de voorzieningenrechter vernietigen, de vorderingen met betrekking tot de overbruggingsovereenkomst afwijzen en JCDecaux c.s. niet-ontvankelijk verklaren in hun vorderingen met betrekking tot de lopende aanbesteding voor de nieuwe concessie.

JCDecaux Nederland B.V.,
gevestigd te Amsterdam,
2. JCDecaux SA,
gevestigd te Neuilly-sur-Seine (Frankrijk),
appellanten,
hierna gezamenlijk te noemen: JCDecaux c.s. en
ieder afzonderlijk JCDecaux Nederland en JCDe-
caux SA,
advocaat: mr. J.F. van Nouhuys te Rotterdam,
tegen
IRET Services B.V.,
gevestigd te Rotterdam,
hierna te noemen: RET Services,
advocaat: mr. J.P. Heering te Den Haag,
2. Exterior Media (Netherlands) B.V.,
gevestigd te Amsterdam,
hierna te noemen: Exterior,
advocaat: mr. J.W. Fanoy te Den Haag,
geïntimeerden.

Het geding

1. Bij (turbo)spoedappeldagvaarding van 12 januari 2017 met producties zijn JCDecaux c.s. in hoger beroep gekomen tegen een door de voorzieningenrechter in de rechtbank Rotterdam op 30 december 2016 gewezen vonnis tussen JCDecaux c.s. en RET Services, met Exterior als gevoegde partij aan de zijde van RET Services. In het appel-exploot hebben JCDecaux c.s. zes grieven tegen het bestreden vonnis aangevoerd en toegelicht. Bij afzonderlijke memories van antwoord, elk met producties, hebben RET Services en Exterior de grieven bestreden. Partijen hebben de zaak op 7 februari 2017 doen bepleiten, JCDecaux c.s. door hun advocaat en door mr. C.G. van Blaaderen, advocaat te Rotterdam, RET Services door mr. M.M. Slotboom, advocaat te Brussel, en Exterior door haar advocaat en door mr. D.M. Mulder, advocaat te Den Haag, allen aan de hand van overgelegde pleitnotities. JCDecaux c.s. hebben ten behoeve van het pleidooi nog de producties 33-39 overgelegd en Exterior heeft nog productie 14 overgelegd. Ten slotte is arrest bepaald.

Beoordeling van het hoger beroep

2. Het hof gaat uit van de volgende feiten:

a. JCDecaux Nederland is een dochteronderneming van JCDecaux SA. JCDecaux SA is een internationaal opererende onderneming. JCDecaux c.s. verwerven exploitatierechten van reclameobjecten zoals vitrines enabri's en sluiten vervolgens contracten met bedrijven die op deze reclameobjecten reclame willen maken.

b. Exterior is een concurrent van JCDecaux Nederland.

c. De naamloze vennootschap Rotterdamse Elektrische Tram N.V. (hierna: RET) verzorgt openbare vervoersdiensten in Rotterdam en omstreken. RET Services is een 100% dochtermaatschappij van RET. RET Services verleent exploitatierechten van het reclame-arsenaal van RET.

d. In januari 2007 heeft RET aan JCDecaux Nederland bericht dat zij voornemens was een overeenkomst aan te gaan met een rechtsvoorganger van Exterior inzake de exploitatie van het reclame-arsenaal van RET. Daarop heeft JCDecaux Nederland een kort geding aanhangig gemaakt bij de rechtbank Rotterdam. Bij vonnis van 28 juni 2007 heeft de voorzieningenrechter RET verboden de exploitatie van haar reclame-arsenaal aan een derde te gunnen zonder eerst JCDecaux Nederland in de gelegenheid te stellen een aanbieding te doen. Nadat JCDecaux Nederland daartoe was uitgenodigd heeft RET Services in 2009 alsnog gecontracteerd met (de rechtsvoorganger van) Exterior voor een periode van 7 jaar.

e. RET Services en Exterior hebben op 15 maart 2016 een overeenkomst gesloten waarbij Exterior exclusieve exploitatierechten voor reclame opabri's, bussen, trams en metrostations in de regio Rotterdam heeft verkregen, en Exterior zich heeft verbonden (i)abri's te plaatsen, (ii) het beheer en onderhoud van deabri's, reclamevitrines in metrostations en reclame-uitingen aangebracht op trams, bussen en metrovoertuigen van RET (hierna gezamenlijk: reclameobjecten) uit te voeren en (iii) een jaarlijkse vergoeding te betalen. De overeenkomst is gesloten voor een periode van 10 jaar, ingaande 1 januari 2017.

f. Bij arrest van 25 oktober 2016 (ECLI:NL:GHDHA:2016:3169) heeft dit hof RET Services verboden de op 15 maart 2016 met Exterior gesloten concessieovereenkomst uit te voeren vanaf 1 januari 2017 en heeft het hof RET Services geboden, voor zover zij de gesloten concessieovereenkomst nog wil sluiten, binnen twee maanden na betekening van het arrest een aankondiging van een concessieovereenkomst ter zake van de exploitatie van de reclameobjecten van eenzelfde strekking als de concessieovereenkomst gesloten met Exterior, bekend te maken met inachtneming van de bepalingen van de Aanbestedingswet (Aw).
g. De advocaat van RET Services heeft de advocaat van JCDecaux c.s. op 11 november 2016 bericht dat RET Services voornemens is een overbrug-

gingsovereenkomst te sluiten met Exterior voor de periode vanaf 1 januari 2017 totdat de nieuwe aanbesteding is afgerond.

h. RET Services heeft op 11 november 2016 een openbare aankondiging gedaan voor het sluiten van een concessieovereenkomst. In de aankondiging is onder meer vermeld dat de beoogde ingangsdatum van de te sluiten overeenkomst 1 april 2017 is, dat de overeenkomst een looptijd heeft tot 31 maart 2022 en dat de overeenkomst eenmaal voor de duur van één jaar verlengd kan worden.

i. RET Services heeft een overbruggingsovereenkomst gesloten met Exterior voor de duur van drie maanden met een, eenmalige, verlengingsmogelijkheid van drie maanden (tot 1 juli 2017).

3. JCDecaux c.s. vorderden in eerste aanleg, samengevat weergegeven, primair RET Services te verbieden onderhands een overbruggingsovereenkomst met Exterior te sluiten, althans RET Services te verbieden aan een eventueel reeds gesloten overeenkomst uitvoering te geven. Voorts vorderden zij dat het RET Services zou worden geboden, voor zover RET Services een overbruggingsovereenkomst wenst te sluiten, een offerteprocedure met inachtneming van de artikelen 1.8, 1.9 en 1.10 Aw 2012 te organiseren en JCDecaux c.s. daarvoor uit te nodigen. JCDecaux c.s. vorderden verder dat het RET Services zou worden geboden tot aanpassing van de aanbestedingsprocedure voor de nieuwe concessieovereenkomst over te gaan, zodat deze procedure gaat voldoen aan de Aw 2012. Subsidiair vorderden JCDecaux c.s. RET Services te gebieden om een kopie van de overbruggingsovereenkomst aan JCDecaux c.s. te verschaffen en meer subsidiair vorderden zij dat elke andere voorziening zou worden getroffen die de voorzieningenrechter geraden zou voorkomen, alles op straffe van verbeurte van een dwangsom en met veroordeling van RET Services in de kosten van het geding.

4. De voorzieningenrechter heeft deze vorderingen afgewezen en JCDecaux c.s. in de kosten van het geding veroordeeld.

5. In hoger beroep vorderen JCDecaux c.s. de vernietiging van het bestreden vonnis. Zij vorderen voorts, samengevat weergegeven, dat het RET Services wordt verboden de met Exterior gesloten overbruggingsovereenkomst uit te voeren, alsmede dat het RET Services wordt verboden om voor de periode tot aan de gunning van een nieuwe concessie, tijdelijke concessieovereenkomsten

zoals de overbruggingsovereenkomst te sluiten zonder voorafgaande opening van de markt voor alle gegadigden, althans zonder het volgen van een procedure als voorgeschreven in de Aw 2012, althans zonder JCDecaux c.s. in de gelegenheid te stellen mee te dingen. JCDecaux c.s. vorderen verder dat het Exterior wordt geboden om te gehangen en te gedogen dat de overbruggingsovereenkomst niet wordt uitgevoerd.

Met betrekking tot de lopende aanbestedingsprocedure voor de nieuwe concessie vorderen JCDecaux c.s. dat het RET Services wordt verboden die voort te zetten zolang:

- de specificaties van de te leveren abri's niet conform artikel 2.76 Aw 2012 (bedoeld is: artikel 2a.39 Aw 2012) zijn bekend gemaakt en/of
- de merkverwijzingen naar de Aequi en HSR niet zijn verwijderd en/of
- de termijn tussen de laatste nota van inlichtingen en het moment waarop een inschrijver zijn Best and Final Offer moet indienen, minimaal één maand bedraagt, althans een door het hof in goede justitie te bepalen termijn.

JCDecaux c.s. vorderen tot slot dat aan de uit te spreken veroordelingen dwangsommen worden verbonden en dat RET Services en Exterior worden veroordeeld in de kosten van het geding.

6. Grief 1, die uit twee onderdelen bestaat, is gericht tegen het oordeel van de voorzieningenrechter dat de stellingen van JCDecaux c.s. over de geraamde waarde van de overbruggingsovereenkomst irrelevant zijn omdat JCDecaux c.s. niet hebben gevorderd dat een procedure in de zin van deel 2a Aw 2012 wordt georganiseerd. Grief 2 is gericht tegen het oordeel van de voorzieningenrechter dat niet is komen vast te staan dat de waarde van de overbruggingsovereenkomst hoger is dan € 5.225.000,-. Met grief 3 komen JCDecaux c.s. op tegen het oordeel van de voorzieningenrechter dat de overbruggingsovereenkomst geen duidelijk grensoverschrijdend belang heeft. Grief 4 is gericht tegen overweging 4.19 van het vonnis, waarin de voorzieningenrechter oordeelde dat het in strijd met de goede procesorde is dat JCDecaux c.s. ter zitting in eerste aanleg nieuwe stellingen naar voren hebben gebracht. Met grief 5 komen JCDecaux c.s. op tegen de afwijzing van de vordering tot overlegging van de overbruggingsovereenkomst, terwijl grief 6 is gericht tegen de afwijzing van de vorderingen als zodanig en de uitgesproken proceskostenveroordeling.

7. Het hof stelt voorop dat JCDecaux c.s. hun vordering in hoger beroep opnieuw hebben geformuleerd en daaraan ook nieuwe standpunten ten grondslag hebben gelegd. In zoverre hebben zij geen belang bij hun grieven 1 en 4. Het standpunt van RET Services dat het in strijd is met de goede procesorde dat JCDecaux c.s. in hoger beroep voor het eerst (nieuwe) bezwaren tegen de lopende aanbestedingsprocedure naar voren brengen, miskent dat het een partij vrij staat om in hoger beroep haar stellingen aan te vullen en (de grondslag van) haar eis te wijzigen. Aangenomen moet ook worden dat RET Services en Exterior in voldoende mate in staat zijn geweest daarop te reageren. Bij de verdere beoordeling van de grieven zal het hof daarom uitgaan van de in hoger beroep gewijzigde vordering en ook de daaraan ten grondslag gelegde stellingen beoordelen. Het hof zal bij die verdere beoordeling een onderscheid maken tussen de overbruggingsovereenkomst en de aanbestedingsprocedure voor de nieuwe concessie (hierna ook: de nieuwe concessie).

De overbruggingsovereenkomst

8. Met betrekking tot de tegen de overbruggingsovereenkomst gerichte vorderingen hebben RET Services en Exterior aangevoerd dat JCDecaux c.s. daarbij geen belang (meer) hebben omdat het – samengevat weergegeven – feitelijk onmogelijk is om voorafgaand aan de gunning van de nieuwe concessie een aanbestedingsprocedure voor de overbruggingsovereenkomst te organiseren. Bij de beoordeling van die stelling neemt het hof tot uitgangspunt dat de overbruggingsovereenkomst een looptijd heeft van maximaal zes maanden. JCDecaux c.s. hebben immers niet gesteld dat in de overbruggingsovereenkomst is voorzien in een verlenging van die looptijd en zij hebben evenmin voldoende gemotiveerd betwist dat de overbruggingsovereenkomst daadwerkelijk uiterlijk per 1 juli 2017 zal aflopen. JCDecaux c.s. hebben weliswaar aangevoerd dat op dat moment mogelijk alsnog een nieuwe overbruggingsovereenkomst zal moeten worden gesloten, maar het hof acht die situatie te onzeker en te onbepaald om daar nu bij de beoordeling al rekening mee te houden.

9. Bij de beoordeling van dit verweer heeft als uitgangspunt te gelden dat in hoger beroep in kort geding moet worden beoordeeld of de eisende partij ten tijde van het arrest van het hof nog een (spoedeisend) belang heeft. In dit kader is van belang dat RET Services heeft aangegeven dat in

het geval de stellingen van JCDecaux worden gevolgd, geen aanbesteding voor een nieuwe overbruggingsovereenkomst zal worden georganiseerd (paragraaf 2.26 memorie van antwoord). Het hof begrijpt die stelling aldus dat in dat geval in afwachting van de nieuwe concessie-overeenkomst tot (uiterlijk) 1 juli 2017 geen exploitant zal worden aangezocht voor de betreffende reclamevelden. Het staat RET Services vrij daarvoor te kiezen. Bij die stand van zaken is echter niet goed in te zien wat het belang van JCDecaux c.s. is bij een verbod om verder uitvoering te geven aan de met Exterior gesloten overbruggingsovereenkomst. Hun stelling dat Exterior door het voortduren van de overbruggingsovereenkomst een voordeel heeft in de nieuwe aanbestedingsprocedure kan niet worden gevolgd, reeds omdat het Best and Final Offer (BAFO) moet worden ingediend voordat dit arrest zal worden gewezen en een verbod op verdere uitvoering van de overbruggingsovereenkomst daarop dus geen invloed meer kan hebben. Dat JCDecaux c.s. op enige andere wijze nadeel ondervinden door het voortduren van de overbruggingsovereenkomst, hebben zij niet voldoende gemotiveerd gesteld.

10. Daar komt het volgende bij. JCDecaux c.s. proberen met deze procedure te bewerkstelligen dat zij kunnen meedingen naar een overbruggingsovereenkomst. Als er veronderstellenderwijs van uit wordt gegaan dat de stellingen van JCDecaux met betrekking tot de waarde van de overbruggingsovereenkomst juist zijn, brengt dit met zich dat een procedure als bedoeld in deel 2a Aw 2012 moet worden gevoerd en dat de daarop betrekking hebbende bepalingen, waaronder die met betrekking tot de in acht te nemen termijnen, moeten worden gevolgd. Uitgaande van de datum waarop dit arrest zal worden gewezen, betekent dit dat het naar redelijke verwachting onmogelijk is om voor 1 april 2017 een aanbestedingsprocedure voor een andere overbruggingsovereenkomst te organiseren en af te ronden. Voor zover er een theoretische mogelijkheid zou zijn om een dergelijke procedure wel voor 1 april te organiseren, is het niet aannemelijk dat die sneller tot een eind zal komen dan de reeds lopende aanbestedingsprocedure voor de nieuwe concessie. Zelfs als de lopende aanbestedingsprocedure later dan 1 april 2017 zou worden afgerond, zal een op basis van een aanbestedingsprocedure te sluiten overbruggingsovereenkomst bovendien een zo korte looptijd hebben dat te voorzien is dat de kosten

die gemoeid zijn met het organiseren van een dergelijke procedure en het aan- en aftreden van een exploitant niet in een redelijke verhouding staan tot de mogelijke opbrengsten voor een inschrijver en de aanbestedende dienst. Het door JCDecaux c.s. aangevoerde strategische belang stuit in deze context af op het feit dat het tijdstip van het indienen van de BAFO is gelegen vóór het tijdstip dat een eventueel aan JCDecaux gegunde overbruggingsovereenkomst zal zijn aangevraagd. Een redelijke afweging van belangen brengt al met al mee dat van RET Services niet kan worden gevergd tot een aanbestedingsprocedure met betrekking tot een overbruggingsovereenkomst over te gaan.

11. Wanneer er veronderstellenderwijs vanuit wordt gegaan dat de waarde van de overbruggingsovereenkomst niet hoger is dan de drempelwaarde van € 5.225.000,-, maar er wel een duidelijk grensoverschrijdend belang is, geldt voorts het volgende. Krachtens artikel 1.7 sub b Aw 2012 zijn op concessieovereenkomsten voor diensten met een duidelijk grensoverschrijdend belang de algemene beginselen van afdeling 1.2.2. van de Aanbestedingswet 2012 van toepassing. Deze algemene beginselen houden onder meer een verplichting in voor een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf om ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze te behandelen (artikel 1.8 Aw 2012) alsmede een verplichting om transparant te handelen, en daarbij in ieder geval zorg te dragen voor een passende mate van openbaarheid van de aankondiging van het voornemen tot het plaatsen van de opdracht (artikel 1.9, eerste en tweede lid Aw 2012). Het hof is van oordeel dat ook in die situatie moet worden aangenomen dat het feitelijk onmogelijk is voorafgaand aan het van kracht worden van een nieuwe concessie-overeenkomst een procedure te organiseren als bedoeld in de artikelen 1.7-1.10 Aw 2012, althans dat in redelijkheid van RET Services niet meer kan worden gevergd dat zij hiertoe voor een zeer korte periode overgaat.

12. De in hoger beroep geformuleerde vorderingen met betrekking tot de overbruggingsovereenkomst stuiten hierop reeds af.

13. Het hof tekent bij het bovenstaande nadrukkelijk aan dat dit beeld zou kunnen veranderen wanneer RET Services na ommekomst van de huidige overbruggingsovereenkomst zou overgaan tot het sluiten van een of meer nadere overbruggingsovereenkomsten. Het achtereenvolgens

sluiten van steeds korte overbruggingsovereenkomsten mag er immers niet toe leiden dat de verplichting tot het volgen van een procedure als bedoeld in deel 2a Aw 2012 wordt omzeild.

14. Omdat het oordeel van het hof in belangrijke mate is gebaseerd op de geringe tijdspanne die (hoogstwaarschijnlijk) nog maar resteert tussen zijn arrest en het tijdstip van het ingaan van de nieuwe concessie, moet het hof onderzoeken of de vordering die in eerste aanleg ter beoordeling voorlag, toen die tijdspanne groter was, terecht is toe- of afgewezen. Dit om te kunnen beoordelen of de veroordeling van JCDecaux c.s. in de proceskosten in eerste aanleg terecht is geweest. Het hof zal daartoe beoordelen of voldoende aannemelijk is dat het belang van de overbruggingsovereenkomst de drempelwaarde overschrijdt en of er, als dat niet het geval is, sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang. Het hof beantwoordt beide vragen ontkennend.

15. Het hof stelt bij zijn beoordeling voorop dat uit afdeling 2a.1.3 Aw 2012 volgt dat op de aanbestedende dienst de verplichting rust om de waarde van de voorgenomen concessieopdracht te ramen. Anders dan JCDecaux c.s. betogen, volgt daaruit niet dat in een civiele bodemprocedure of in een kort geding de aanbestedende dienst moet stellen en moet bewijzen dat de waarde van de opdracht niet de drempelwaarde overschrijdt. Wel kan van de aanbestedende dienst worden verwacht om, wanneer een potentiële belangstellende gemotiveerd betoogt dat de drempelwaarde wordt overschreden, inzicht te geven in haar raming en de wijze waarop die tot stand is gekomen.

16. RET Services heeft zowel in eerste aanleg als in hoger beroep aangegeven de waarde van de opdracht te hebben geraamd op € 620.000,- per maand en daarbij te zijn uitgegaan van de afdracht die (de rechtsvoorganger van) Exterior in 2007 heeft gegarandeerd. Die afdracht is, naar RET Services onbetwist heeft gesteld, hoger dan de afdracht die zij in 2016 van Exterior heeft ontvangen.

17. Het hof is van oordeel dat tegenover dit betoog van RET Services, op basis van hetgeen JCDecaux c.s. hebben aangevoerd niet kan worden vastgesteld dat de waarde van de overbruggingsopdracht de drempelwaarde van € 5.225.000,- overschrijdt. Het feit dat in de procedure tussen partijen die heeft geleid tot het arrest van 25 oktober 2016 van dit hof, een waarde van € 100 miljoen voor een opdracht voor 10 jaar tot uitgangspunt is geno-

men, acht het hof in dit verband van onvoldoende gewicht, reeds omdat RET Services gemotiveerd heeft aangevoerd dat een dergelijk bedrag niet eenvoudigweg teruggerekend kan worden tot een kortere periode en omdat de discussie tussen partijen over dit bedrag niet de strekking had de waarde van de opdracht voor tien jaar exact vast te stellen, laat staan die van een overbruggingsovereenkomst van een veel beperkter duur. Partijen verschillen daarbij van mening over de gevolgtrekkingen die aan de tariefkaarten moeten worden verbonden en in het bijzonder over de vraag of daar al dan niet kortingen op moeten worden toegepast en zo ja, van welke omvang. Het hof kan uit die tariefkaarten daarom niet met voldoende mate van aannemelijkheid afleiden dat het standpunt van JCDecaux c.s. het juiste is. Ook de berekening die JCDecaux c.s. ter zitting van het hof hebben gepresenteerd en die is gebaseerd op de concessie in Den Haag, leidt cijfermatig niet zelfstandig tot de door JCDecaux c.s. getrokken conclusie. De door JCDecaux c.s. daarbij aangevoerde omstandigheden die zouden moeten leiden tot de conclusie dat de waarde van de overbruggingsovereenkomst toch de drempelwaarde overschrijdt, zijn alle door RET Services en Exterion weersproken. Bij die stand van zaken kan dus niet worden geoordeeld dat de waarde van de overbruggingsovereenkomst de drempelwaarde overschrijdt, terwijl er voor nader onderzoek binnen de kaders van dit spoedappél geen ruimte is.

18. Met betrekking tot de vraag of er een duidelijk grensoverschrijdend belang is, heeft het volgende te gelden. In zijn arrest van 25 oktober 2016 heeft dit hof met betrekking tot de nieuwe concessie onder meer overwogen:

“De omzet van circa € 100 miljoen die met de onderhavige overeenkomst kan worden behaald is naar het oordeel van het hof zo substantieel, dat een reële mogelijkheid bestaat dat ondernemingen uit andere lidstaten bij een passende mate van openbaarheid belangstelling zouden hebben getoond. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat dit bedrag een veelvoud is van de drempelwaarde conform de Richtlijn concessieovereenkomsten, waarbij volgens de Uniewetgever buitenlandse belangstelling kan worden verondersteld. Een reële mogelijkheid van buitenlandse belangstelling is voldoende om een duidelijk grensoverschrijdend belang aan te nemen. Bij een reële mogelijkheid van buitenlandse belangstelling kan het achterwege

laten van een passende mate van openbaarheid immers leiden tot een schending van de fundamentele regels van het VWEU en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit. Exterion heeft betoogd dat het waarschijnlijk moet zijn dat ondernemingen uit andere lidstaten bij een marktbevraging belangstelling zouden hebben getoond, maar dat valt niet uit de rechtspraak van het Hof van Justitie af te leiden.”

19. Daarbij heeft het hof overwogen dat een duidelijk grensoverschrijdend belang in zoverre een abstract begrip is dat niet vast hoeft komen te staan dat buitenlandse marktdeelnemers daadwerkelijk belangstelling hebben getoond. Het arrest van het HvJ EU van 6 oktober 2016 (ECLI:EU:C:2016:747) is daarbij wel in aanmerking genomen, maar juist als geen aankondiging van de opdracht heeft plaatsgevonden, kan de aanwezigheid van een duidelijk grensoverschrijdend belang niet worden getoetst aan de hand van concrete belangstelling voor die opdracht, en zal moeten worden teruggevallen op door het HvJ EU genoemde objectieve factoren zoals de waarde van de opdracht. Uit die factoren moet het duidelijke grensoverschrijdende belang op positieve wijze blijken.

20. Uit de thans voorliggende feiten kan het hof niet afleiden dat de overbruggingsovereenkomst, gelet op de door het HvJ EU genoemde objectieve factoren die in de afweging moeten worden betrokken, een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft. Daaraan ligt het volgende ten grondslag. In de eerste plaats is het belang van de overbruggingsovereenkomst een fractie van het belang van de nieuwe concessieopdracht en ligt dat belang, zoals het hof hiervoor (voorlopig) heeft geoordeeld, zelfs beneden de drempelwaarde van € 5.225.000,-. Aan het belang van de overbruggingsovereenkomst kan dus geenszins de betekenis worden toegekend die in het arrest van 25 oktober 2016 aan de waarde van de nieuwe concessieopdracht is gehecht. Ook overigens kan uit de bijzondere omstandigheden van de overbruggingsovereenkomst niet worden afgeleid dat er een duidelijk grensoverschrijdend belang is. De stelling van JCDecaux c.s. dat er een strategisch belang is voor (buitenlandse) inschrijvers op de nieuwe concessieopdracht om ook de overbruggingsovereenkomst te mogen sluiten en dat daarmee een grensoverschrijdend belang is gegeven, stuit in ieder geval af op het feit dat de tijd tussen 1 januari 2017 (de ingangsdatum van de bestaande over-

bruggingsovereenkomst) en het tijdstip van indiening van het BAFO voor de nieuwe concessie zodanig kort is, dat niet kan worden aangenomen dat in die periode strategische kennis kon worden verworven die voor de nieuwe concessie van belang is, dit nog daargelaten dat het niet toelaatbaar zou zijn dat een inschrijver op deze manier boven de andere inschrijvers zou beschikken over relevante informatie voor de nieuwe concessie.

21. Het enkele feit dat de Franse moedermaatschappij van JCDecaux Nederland B.V. ook als eiseres in deze procedure is betrokken en haar belangstelling voor de nieuwe concessieovereenkomst kenbaar heeft gemaakt, acht het hof onvoldoende om een duidelijk grensoverschrijdend belang voor de overbruggingsovereenkomst aan te nemen. In het bijzonder acht het hof daarbij relevant dat niet op voorhand aannemelijk is dat een buitenlandse partij zich de, vermoedelijk kostbare, inspanningen zal getroosten die vereist zijn om op de Nederlandse markt actief te zijn en daarbij het risico te lopen dat die inspanningen slechts gedurende zeer korte tijd tot opbrengsten zullen leiden. Deze korte duur als kenmerk van de overbruggingsovereenkomst maakt een duidelijk grensoverschrijdend belang ook onaannemelijk. Het hof heeft er daarbij acht op geslagen dat JCDecaux c.s. stellen (paragraaf 57 memorie van grieven) dat JCDecaux SA de overbruggingsovereenkomst “met gebruikmaking” van JCDecaux Nederland zou uitvoeren. Dat betekent dat de betrokkenheid van JCDecaux SA een betrokkenheid op afstand is en dat is in dit geval een onvoldoende concrete betrokkenheid om een duidelijk grensoverschrijdend belang aan te ontfemen, mede gezien het feit dat objectieve factoren zoals de geringe waarde en de korte looptijd van de overbruggingsovereenkomst wijzen op het ontbreken daarvan.

Anders dan JCDecaux c.s. in dit verband betogen staat het feit dat de nationaliteit van een opdrachtnemer geen rol mag spelen in aanbestedingsprocedures er niet aan in de weg dat bij beoordeling van het duidelijk grensoverschrijdend belang onderzocht moet worden of een in een andere lidstaat gevestigde rechtspersoon concrete belangstelling heeft voor de opdracht. Het arrest van het HvJ EU van 10 mei 2012 (ECLI:EU:C:2012:283) waarnaar JCDecaux c.s. in dit verband verwijzen dwingt ook niet tot die conclusie.

22. Tegen de achtergrond van het bovenstaande geldt ook voor de meer algemene observaties in het SEO-rapport waarnaar JCDecaux c.s. in paragraaf 58 van de memorie van grieven verwijzen, dat daaruit niet een duidelijk grensoverschrijdend belang in dit concrete geval kan worden afgeleid. Uit het in de memorie van grieven opgenomen citaat blijkt veeleer dat aanwezigheid in Nederland noodzakelijk is om de markt waarop de overbruggingsovereenkomst betrekking heeft, te bedienen. Weliswaar is in het arrest van 25 oktober 2016 van dit hof overwogen dat (potentiële) buitenlandse belangstelling er ook uit kan bestaan dat ondernemingen uit andere lidstaten zich permanent in Nederland hebben gevestigd of Nederlandse ondernemingen hebben geacquireerd, maar die algemene vaststelling kan niet meebrengen dat met betrekking tot de overbruggingsovereenkomst sprake is van een voldoende concreet en op objectieve factoren terug te voeren gebleken duidelijk grensoverschrijdend belang, met name niet nu de geringe waarde en de korte looptijd van de overbruggingsovereenkomst wijzen op het ontbreken daarvan.

23. Uit de Gids Proportionaliteit, waarnaar JCDecaux c.s. verwijzen, volgt niet iets anders. In het bijzonder is daaruit niet af te leiden dat in het onderhavige geval van het bestaan van een duidelijk grensoverschrijdend belang zou moeten worden uitgegaan.

24. Het bovenstaande brengt mee dat het oordeel van de voorzieningenrechter over de proceskostenveroordeling juist was. Voor zover voor deze beoordeling het gestelde in grief 4 van belang is, onderschrijft het hof het oordeel van de voorzieningenrechter dat het in de omstandigheden van dit geval in strijd was met de goede procesorde om eerst ter zitting van de voorzieningenrechter nieuwe bezwaren tegen de lopende aanbestedingsprocedure te formuleren.

De aanbestedingsprocedure voor de nieuwe concessie

25. Met betrekking tot de klachten die JCDecaux c.s. hebben geformuleerd over de lopende aanbestedingsprocedure overweegt het hof als volgt. Van een potentiële inschrijver mag worden verwacht dat hij zich proactief opstelt en klachten tegen een aanbestedingsprocedure in een zo vroeg mogelijk stadium aan de aanbestedende dienst kenbaar maakt en zijn vragen over onduidelijkheden in de aanbestedingstukken ook in een zo vroeg mogelijk stadium aan de orde stelt. Onder

omstandigheden kan dit meebrengen dat dergelijke klachten en vragen reeds voordat de aanbestedingsprocedure tot een gunningsbeslissing heeft geleid in een kort geding aan de orde worden gesteld.

26. De aanbestedingsprocedure voor de nieuwe concessie voorziet echter erin dat na de initiële inschrijving met alle inschrijvers een onderhandelingsprocedure volgt. RET Services heeft ter zitting van het hof bevestigd dat de door JCDecaux c.s. in dit hoger beroep aan de orde gestelde bezwaren tegen de merkverwijzing met betrekking tot de abri en de termijn voor het indienen van het BA-FO nog kunnen leiden tot wijzigingen in de aanbesteding. Zij heeft er daarbij onweersproken op gewezen dat er op 15 februari 2017, dus ten tijde van de zitting van het hof nog een toekomstig moment, nog een nota van inlichtingen zou worden gepubliceerd waarin wijzigingen kunnen worden doorgevoerd. Onder die omstandigheden acht het hof de vorderingen, met RET Services, prematuur en zullen JCDecaux c.s. in die vorderingen niet-ontvankelijk worden verklaard.

Verstreking afschrift overbruggingsovereenkomst

27. Grief 5 is gericht tegen de afwijzing van de vordering in eerste aanleg tot verstreking van een kopie van de overbruggingsovereenkomst. Die vordering komt in het gewijzigde petium in hoger beroep niet terug, zodat er geen belang bij deze grief bestaat.

28. Het hof voegt daaraan toe dat JCDecaux c.s. in eerste aanleg en in hoger beroep aan deze vordering een beroep op het bepaalde in artikel 843a Rv ten grondslag hebben gelegd. In eerste aanleg hebben zij niet uiteen gezet wat hun rechtmatig belang is bij verkrijging van een afschrift van de overbruggingsovereenkomst. In hoger beroep hebben zij dit belang aldus omschreven dat zij aan de hand van de overbruggingsovereenkomst kunnen nagaan van welke omzetraming RET Services is uitgegaan en of er niet sprake is van onrechtmatige staatssteun. Het eerste onderdeel van dit geschetste belang is thans niet meer relevant omdat RET Services uiteen heeft gezet van welke raming zij is uitgegaan en hoe zij daartoe is gekomen. Met betrekking tot het tweede onderdeel van dit geschetste belang heeft te gelden dat JCDecaux c.s. de suggestie dat er sprake is van staatssteun in het geheel niet hebben onderbouwd. Het in artikel 843a Rv bedoelde rechtmatige belang kan daarop dus ook niet worden gebaseerd.

Conclusie en afronding

29. Het bovenstaande brengt mee dat het hoger beroep faalt. Omdat het hof heeft geoordeeld dat de vorderingen met betrekking tot de nieuwe aanbestedingsprocedure prematuur zijn, dienen JCDecaux c.s. in die vorderingen niet-ontvankelijk te worden verklaard, zodat er geen misverstand over kan bestaan dat deze vorderingen in een later stadium, indien nodig, alsnog door de rechter kunnen worden beoordeeld. Het hof zal daarom, eveneens ter vermijding van misverstanden, het vonnis van de voorzieningenrechter vernietigen, de vorderingen met betrekking tot de overbruggingsovereenkomst afwijzen en JCDecaux c.s. niet-ontvankelijk verklaren in hun vorderingen met betrekking tot de lopende aanbesteding voor de nieuwe concessie.

30. JCDecaux c.s. zullen als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van het geding in eerste aanleg en in hoger beroep.

Beslissing

Het hof:

- vernietigt het tussen partijen gewezen vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank Rotterdam van 30 december 2016, en opnieuw rechtdoende:

- wijst de vorderingen met betrekking tot de overbruggingsovereenkomst af;
- verklaart JCDecaux c.s. niet-ontvankelijk in hun vorderingen met betrekking tot de aanbestedingsprocedure voor de nieuwe concessie;
- veroordeelt JCDecaux c.s. in de kosten van het geding in eerste aanleg, aan de zijde van RET Services en Exterior tot op 30 december 2016 voor ieder van hen afzonderlijk begroot op € 1.435,-, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf 14 dagen na het vonnis tot aan de dag der algehele voldoening;
- veroordeelt JCDecaux c.s. in de kosten van het geding in hoger beroep aan de zijde van RET Services en Exterior tot op heden voor ieder van hen afzonderlijk begroot op € 716,- aan verschotten en € 2.682,- aan salaris advocaat en op € 131,- aan nasalaris voor de advocaat, nog te verhogen met € 68,- indien niet binnen veertien dagen na aanschrijving in der minne aan dit arrest is voldaan en vervolgens betekening van dit arrest heeft plaatsgevonden, en bepaalt dat deze bedragen binnen 14 dagen na de dag van de uitspraak dan wel, wat betreft het bedrag van € 68,-, na de datum van betekening, moeten zijn voldaan, bij gebreke waarvan deze bedragen worden vermeer-

derd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf het einde van genoemde termijn van 14 dagen;

• verklaart de proceskostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

114

Gerechtshof Amsterdam
14 maart 2017, nr. 200.180.270/01,
ECLI:NL:GHAMS:2017:829
(mr. Meijer, mr. Aarts, mr. Steenberghe)

Hoger beroep. Ingrijpen in gesloten overeenkomst.

[Aanbestedingswet 2012 art. 4.15 lid 1;
BW art. 3:40]

Facilitaire Samenwerking Bevolkingsonderzoeken in coöperatief verband met uitsluiting van aansprakelijkheid (U.A.) (hierna: FSB) heeft een Europese openbare aanbestedingsprocedure georganiseerd genaamd 'Levering van een zelfafnameset (afnamedevice en monsterhouder) en instructie, geschikt voor het veilig zelf afnemen, opslaan en lekvrij verzenden ten behoeve van hrHPV-analyse'. Het gaat bij deze aanbesteding kort gezegd om de levering van zelfafnamesets die nodig zijn ten behoeve van het vernieuwde bevolkingsonderzoek naar baarmoederhalskanker.

Aprox AB (hierna: Aprox) heeft tijdig ingeschreven. Bij brief van 24 juli 2015 heeft FSB Aprox meegedeeld dat van de drie inschrijvingen haar inschrijving als tweede is geëindigd en dat FSB voornemens is de opdracht te gunnen aan Rovers Medical Devices B.V. (hierna: Rovers).

In het geding in eerste aanleg heeft Aprox vorderingen ingesteld die ertoe strekten definitieve gunning aan Rovers te voorkomen. De voorzieningenrechter heeft deze vorderingen afgewezen.

Aprox heeft niet betwist dat als gevolg van de aanbestedingsprocedure en de gunning aan Rovers inmiddels een overeenkomst tussen FSB en Rovers is gesloten, zodat daarvan in dit geding moet worden uitgegaan. Met het sluiten van die overeenkomst is de aanbestedingsprocedure geëindigd. Dat gegeven staat op zichzelf reeds in de weg aan toewijzing van de (op wijziging van de aanbestedingsprocedure gerichte) ordemaatregelen die Aprox in hoger beroep vordert.

Aprox heeft verder geen vorderingen ingesteld die ertoe strekken dat de reeds gesloten overeenkomst wordt aangetast of opgeschort. Het hof komt daarom ook niet toe aan hetgeen de Hoge Raad bij arrest van 18 november 2016 (ECLI:NL:HR:2016:2638) heeft geoordeeld, namelijk dat de als resultaat van een gunningsbeslissing tot stand gekomen overeenkomst wegens strijd met de aanbestedingsregels in hoger beroep, mede ter bescherming van de belangen van de inschrijver met wie de overeenkomst tot stand komt, slechts aantastbaar is op de gronden vermeld in (1) artikel 4.15 lid 1 Aanbestedingswet 2012 en voor het overige slechts in het geval van (2) wilsgebreken of (3) in geval van nietigheid of vernietigbaarheid ingevolge artikel 3:40 BW. Ook indien Aprox in hoger beroep vorderingen zou hebben ingesteld die strekten tot aantasting van de na het bestreden vonnis gesloten overeenkomst, zou dat slechts tot voor Aprox gunstig resultaat hebben kunnen leiden indien zij zich op een of meer van de voormelde drie gronden had beroepen. Geen van de door Aprox aangevoerde grieven is echter op een dergelijke grondslag gebaseerd.

*APROVIX AB,
een vennootschap naar Zweeds recht,
gevestigd te Uppsala, Zweden,
appellante,
advocaat: mr. B. van der Kamp te Amsterdam,
tegen:*

*1de coöperatie
FACILITAIRE SAMENWERKING BEVOLKINGS-
ONDERZOEKEN IN COOPERATIEF VERBAND
MET UITSLUITING VAN AANSPRAKELIJKHEID
(U.A.),
gevestigd te Amsterdam,
geïntimeerde,
advocaat mr. G. Verberne te Amsterdam
2ROVERS MEDICAL DEVICES B.V.
gevestigd te Oss,
geïntimeerde,
advocaat: mr. J.D.E. van den Heuvel te Venlo.*

*De volledige uitspraak is te raadplegen op
www.sdujurisprudentie.nl.*

115

Gerechtshof 's-Hertogenbosch
21 maart 2017, nr. 200.206.297_01,
ECLI:NL:GHSHE:2017:1115
(mr. Sijmonsma, mr. Beurskens, mr.
Verhoeven)
Noot mr. M.M. Fimerius en mr. M.C. de Vries

**Ondertekeningsgebrek. Geschiktheidseis. In-
schrijvingsvereiste. Bewijsmiddelen. Transpa-
rantiebeginsel.**

[Aanbestedingswet 2012 art. 2.89]

RWM N.V. (hierna: RWM) heeft namens een viertal gemeentes in de Westelijke Mijnstreek, tezamen met vier andere gemeentes in Midden Limburg, de Europese openbare aanbesteding voor de inzameling en verwerking van oud papier en karton in de markt gezet. Gegund wordt op de laagste prijs. Kern van de zaak is de vraag of de inschrijving van geïntimeerde 2 rechtsgeldig (door een daartoe bevoegd natuurlijk persoon) is ondertekend, althans of geïntimeerde 2 bij het indienen van de inschrijving daarvan bewijs (anders dan een uittreksel uit het handelsregister van de Kamer van Kamer van Koophandel nu die bevoegdheid daaruit niet bleek) had moeten overleggen.

Rechtsgeldige ondertekening

De hoofdstukken 2 en 3 van het beschrijvend document hebben betrekking op de voorwaarden voor inschrijving respectievelijk de inschrijvingsprocedure. In de paragrafen 2.1 en 3.6 van die hoofdstukken is als formele eis gesteld dat de inschrijving rechtsgeldig moet zijn ondertekend. Daarbij is volgens het Hof niet de eis gesteld dat de rechtsgeldigheid van de ondertekening moet blijken uit bij de inschrijving te voegen stukken.

In het beschrijvend document is in een tabel, waarin de geschiktheidscriteria zijn weergegeven, vermeld: 'Recent bewijs van inschrijving in het nationaal beroeps-/handelsregister'. Aan deze voorwaarde is door geïntimeerde 2 voldaan.

Bij genoemd geschiktheids criterium is als toevoeging vermeld: 'conform artikel 2.89 Aanbestedingswet'. Gelet op de strekking van dat artikel lijkt bedoelde toevoeging er naar het voorlopig oordeel van het hof op te duiden dat de aanbestedende dienst het bewijs van inschrijving (in elk geval) wenste om te kunnen beoordelen of al dan niet sprake is van faillissement, surseance van betaling,

liquidatie, etc. (artikel 2.89 lid 1 jo. 2.87 lid 1, onderdeel b). Geïntimeerde 2 mocht dit zo begrijpen en hoefde uit de verwijzing naar artikel 2.89 Aanbestedingswet in elk geval niet af te leiden dat de voorwaarde werd gesteld om te kunnen controleren of de inschrijving rechtsgeldig is ondertekend. Dat is des te meer het geval nu, zoals ook de voorzieningenrechter heeft overwogen, § 4.2 is geplaatst in het hoofdstuk dat betrekking heeft op de geschiktheidscriteria en niet in de hoofdstukken 2 en 3, over de voorwaarden voor inschrijving en over de inschrijvingsprocedure.

In de toelichting bij bedoeld geschiktheids criterium van § 4.2 is nog wel vermeld dat het bewijs van inschrijving in het handelsregister er (ook) toe dient om te kunnen controleren of de inschrijving rechtsgeldig is ondertekend. Maar in die toelichting is niet gevraagd om de rechtsgeldigheid van de ondertekening op andere wijze aan te tonen in het geval dat – zoals nu aan de orde – de bevoegdheid van de ondertekenaar niet uit het bewijs van inschrijving in het handelsregister blijkt. De eis luidt slechts: een recent bewijs van inschrijving in het handelsregister, aan welke eis geïntimeerde 2 heeft voldaan.

Het hof sluit niet uit dat de aanbestedende dienst bij het opstellen van het beschrijvend document niet heeft gedacht aan de mogelijkheid dat uit het uittreksel uit het handelsregister niet te allen tijde de rechtsgeldigheid van de ondertekening blijkt en dat daarom niet voor dat geval om andere bewijsstukken is gevraagd. Dit kan geïntimeerde 2 niet worden tegengeworpen.

Van geïntimeerde 2 kon (als behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver) niet worden verwacht dat zij – terwijl in het beschrijvend document uitdrukkelijk alleen om een uittreksel uit het handelsregister is gevraagd, en dan nog op een onlogische plaats als het gaat om de rechtsgeldige ondertekening van de inschrijving – moest bedenken dat uit het gevraagde uittreksel niet kon blijken dat betrokkene 1 bevoegd was de inschrijving te ondertekenen en dat zij daarom uit eigener beweging andere bewijsstukken (de volmacht) diende bij te voegen. De enkele zin in de toelichting bij bedoeld criterium in § 4.2 dat uit het bij te voegen uittreksel uit het handelsregister moest blijken van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de ondertekenaar, is daarvoor te mager.

Naar het voorlopig oordeel van het hof handelt de aanbestedende dienst in strijd met het transparantiebeginsel door uitdrukkelijk om (niet méér dan) een uittreksel uit het handelsregister te vragen, maar impliciet wel ander bewijs te verlangen voor het geval het uittreksel uit het handelsregister niet

zou blijken te volstaan. In dit opzicht is het beschrijvend document geenszins duidelijk, precies en ondubbelzinnig.

Appellante voert aan dat na de beslissing van 2 augustus 2016 RWM de inschrijvingen van zowel appellante als geïntimeerde 2 – voor het geval de inschrijving van geïntimeerde 2 in kort geding geldig zou worden geoordeeld – heeft beoordeeld en dat uit die beoordeling is gebleken dat geïntimeerde 2 op twee punten toch niet aan de eisen voldoet. Bij het bestreden vonnis heeft de voorzieningenrechter te dien aanzien overwogen: ‘Vanwege het feit dat nog niet vaststaat dat perceel 3 wederom wordt aanbesteed, kan hierover in deze procedure niet worden beslist en wordt dus ook niet toegekomen aan de (partijen verdeeld houdende) vraag of het standpunt van RWM juist is en of dat gevolgen kan hebben voor de gunning als zodanig’.

Appellante wenst in hoger beroep alsnog een inhoudelijke beoordeling van de twee afwijzingsgronden.

De voorzieningenrechter heeft terecht niet beslist inzake de twee afwijzingsgronden. Ook het hof zal de twee afwijzingsgronden daarom niet inhoudelijk behandelen.

Conclusie

Het hof zal het bestreden vonnis bekrachtigen

*[appellante] Nederland B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats 1],
appellante,
advocaat: mr. L.W.J.P.F. Einig,
tegen:
1RWM N.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats 2],
advocaat: mr. E.E. Zeelenberg,
2. [geïntimeerde 2] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats 3],
in hoger beroep niet verschenen,
geïntimeerden,*

op het bij exploit van dagvaarding van 20 december 2016 ingeleide hoger beroep van het door de voorzieningenrechter van de rechtbank Limburg, zittingsplaats Maastricht, gewezen vonnis van 23 november 2016 tussen appellante ([appellante]) als tussenkomende partij, geïntimeerde sub 1 (RWM) als gedaagde en geïntimeerde sub 2 ([geïntimeerde 2]) als eiseres.

1 Het geding in eerste aanleg (zaaknr. C/03/225256/KG ZA 16-449)

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar voormeld vonnis.

2 Het geding in hoger beroep

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de appeldagvaarding houdende grieven;
- het tegen [geïntimeerde 2] verleende verstek;
- de memorie van antwoord van RWM.

Vervolgens heeft het hof een datum voor arrest bepaald.

3 De beoordeling

3.1. In de rechtsoverwegingen 2.1 tot en met 2.11 heeft de voorzieningenrechter vastgesteld van welke feiten in dit geschil wordt uitgegaan. Tegen die feiten zijn geen grieven gericht, noch is daartegen anderszins bezwaar gemaakt. Ook voor het hof zijn die feiten daarom het uitgangspunt. Het gaat in dit kort geding om het volgende.

3.1.1. RWM heeft namens een viertal gemeentes in de Westelijke Mijnstreek, tezamen met vier andere gemeentes in Midden Limburg, de openbare Europese openbare aanbesteding voor de inzameling en verwerking van oud papier en karton (met kenmerk PM-2016-OR-FV-001) in de markt gezet. Gegund wordt op de laagste prijs. 3.1.2. De opdracht is verdeeld in drie percelen. Perceel 3 betreft de inzameling in het werkgebied van RWM (de gemeentes Beek, Schinnen, Sittard-Geleen en Stein). De te sluiten overeenkomst heeft een looptijd van twee jaren en kan tweemaal met twee jaren worden verlengd.

3.1.3. De aanbestedende dienst beoordeelt na ontvangst van de inschrijving eerst de geschiktheid aan de hand van de uitsluitingsgronden en eisen inzake financieel-economische draagkracht en vakbekwaamheid, vervolgens wordt gecontroleerd of de inschrijving voldoet aan alle inhoudelijke eisen en daarna wordt de inschrijving verder beoordeeld aan de hand van de gestelde criteria. 3.1.4. Van hoofdstuk 2 ('Voorwaarden tot inschrijving') van het beschrijvend document, § 2.1 ('Algemene voorwaarden'), luiden de tweede, derde en laatste bullit:

" U dient de inschrijving geheel in overeenstemming met dit beschrijvend document en bijbehorende documenten aan te leveren;

· Uw inschrijving dient door een daartoe rechtsgeldig bevoegd persoon te worden ondertekend;

· Het risico van het ontbreken van informatie en/of antwoorden, berust bij u. Afhankelijk van de aard van de omissie of onjuistheid kan dit leiden tot puntverlies in de beoordeling of uitsluiting."

3.1.5. In hoofdstuk 3 ('Inschrijvingsprocedure') is in § 3.6 ('Wijze van aanbieden inschrijving') bepaald dat de inschrijving rechtsgeldig ondertekend dient te zijn, hetgeen betekent dat de rechtsgeldig vertegenwoordiger van de onderneming de te ondertekenen documenten van zijn handtekening voorziet.

In § 3.7 ('Inschrijvingsbiljet') staat onder punt 1 dat de inschrijving moet geschieden op het inschrijvingsbiljet dat als bijlage II is gevoegd bij het beschrijvend document.

3.1.6. In hoofdstuk 4 ('Geschiktheidscriteria') staat in § 4.2 ('Geschiktheidscriteria') als criterium: 'Recent bewijs van inschrijving in het nationaal beroeps-/handelsregister conform artikel 2:89 Aanbestedingswet'. Als bijzonderheid is vermeld dat dit bewijs niet ouder mag zijn dan zes maanden vanaf de sluitingsdatum van inschrijving en voorts staat als toelichting het volgende vermeld: *"Dit bewijs dient als bijlage in kopie toegevoegd te worden en mag niet ouder zijn dan zes (6) maanden terug te rekenen vanaf sluitingsdatum.*

Let op!! Aan de hand van dit uittreksel controleert de aanbestedende dienst de rechtsgeldige ondertekening van de ingediende stukken. Uit de bijgevoegde kopieën dient dus te blijken dat deze natuurlijk persoon de onderneming mag vertegenwoordigen voor het gevraagde in deze aanbestedingsprocedure. Zie ook 5.3 van de Eigen Verklaring."

De bepaling § 4.2 wordt afgesloten met (vetgedrukt en in kapitalen): "N.B. Alle bijlagen dienen te worden ondertekend door een daartoe rechtsgeldig bevoegd persoon."

In § 4.3 ('Vaststelling geschiktheid') is opgenomen dat de inschrijver dient te voldoen aan de geschiktheidseisen zoals gesteld in § 4.2. Indien de inschrijver niet in zijn inschrijving aantoont aan de geschiktheidseisen te voldoen, wordt de inschrijving terzijde gelegd.

3.1.7. In hoofdstuk 5 ('Gunningsprocedure') wordt in § 5.2 ('Gunningscriterium') bepaald dat gunning plaatsvindt aan de inschrijver die voldoet aan de in het beschrijvend document gestelde eisen én de laagste prijs heeft geboden.

3.1.8. In hoofdstuk 6 ('De gevraagde documenten') wordt in § 6.1 ('Bij inschrijving') opgesomd dat de inschrijving moet bestaan uit de daar genoemde documenten. Bij uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen is aangegeven: 'bewijs van inschrijving in het nationaal beroeps-/handelsregister'. Als optioneel is aangegeven 'Overige bijlagen'.

3.1.9. [geïntimeerde 2] heeft ingeschreven op perceel 3. Uit het uittreksel uit het Handelsregister van de Kamer van Koophandel dat bij de inschrijving is gevoegd, blijkt dat de heer [betrokkene 1] (hierna: [betrokkene 1]), die het inschrijvingsbiljet op 11 juli 2016 heeft ondertekend (bijlage 11 bij het beschrijvend document), een beperkte volmacht heeft. Bij de inschrijving zijn door [geïntimeerde 2] geen stukken gevoegd waaruit de inhoud van de volmacht van [betrokkene 1] blijkt.

3.1.10. De aanbestedende dienst heeft op 25 juli 2016 aan [geïntimeerde 2] het volgende bericht verstuurd (productie 6 van [geïntimeerde 2] in eerste aanleg):

"Dhr. [betrokkene 1] heeft de inschrijving namens [geïntimeerde 2] BV ondertekend. Uit de door de Kamer van Koophandel (Kvk) verstrekte gegevens blijkt dat dhr. [betrokkene 1] 'slechts' gemachtigd is tot een belang/bedrag van € 200.000.

Uit overwegingen m.b.t. zorgvuldigheid vragen wij u of de gegevens zoals verstrekt door de Kvk actueel zijn? D.w.z. zijn alle door [geïntimeerde 2] BV verstrekte wijzigingen aan de Kvk in het handelsregister verwerkt.

NB: die wijzigingen dienen dan voor het einde van de inschrijvingstermijn (15-jul-2016) aan de Kvk te zijn doorgegeven".

In haar antwoord op dit bericht (productie 7 van [geïntimeerde 2] in eerste aanleg) antwoordt [geïntimeerde 2] nog dezelfde dag dat de gegevens van de Kamer van Koophandel actueel zijn en dat er geen wijzigingen zijn doorgevoerd. [geïntimeerde 2] zet in haar antwoord voorts uiteen dat de heer [betrokkene 2] (hierna: [betrokkene 2]) enig eigenaar is van [betrokkene 2] Groepsholding B.V., die op haar beurt enig aandeelhouder is van [geïntimeerde 2]. [geïntimeerde 2] legt een door [betrokkene 2] ondertekende en op 11 juli 2016 gedateerde en aan de contactpersoon van de aanbestedende dienst geadresseerde volmacht over, waarbij [betrokkene 1] gemachtigd is hem te vertegenwoordigen bij de inschrijving op de aanbesteding (productie 8 van [geïntimeerde 2] in eerste aanleg). Ook wijst [geïntimeerde 2] erop dat de bij de inschrijving gevoegde Eigen Verklaring door [betrokkene 2] en [betrokkene 1] tezamen is ondertekend.

3.1.11. In zijn beslissing van 2 augustus 2016 (productie 9 van [geïntimeerde 2] in eerste aanleg) deelt de aanbestedende dienst aan [geïntimeerde 2] mee:

"Uw inschrijving was de inschrijving met het 'hoogste financiële resultaat'. Uw inschrijving komt dan ook voor gunning in aanmerking mits uw inschrijving aan alle gestelde eisen voldoet.

We moeten echter constateren dat uw inschrijving niet rechtsgeldig is ondertekend. De inschrijving is ondertekend door dhr. [betrokkene 1], die volgens de bij de Kamer van Koophandel beschikbare gegevens een tot een bedrag/belang van € 200.000 beperkte volmacht heeft. Omdat de opdracht (op basis van uw eigen inschrijving) een belang heeft van meer dan € 800.000 per jaar voor een periode van 6 jaar (bij maximale looptijd), mag duidelijk zijn dat die beperkte volmacht niet toereikend is om uw inschrijving rechtsgeldig te ondertekenen.

Omdat uw inschrijving niet rechtsgeldig is ondertekend moeten wij deze als ongeldig uitsluiten van de aanbestedingsprocedure."

De aanbestedende dienst verwijst voorts naar een aangehecht expertadvies waarin wordt geconcludeerd dat de inschrijving van [geïntimeerde 2] lijdt aan een onherstelbaar ondertekeningsgebrek en dat de inschrijving daarom ongeldig moet worden verklaard.

Medegedeeld wordt dat het op 25 juli 2016 alsnog aangeboden herstel door een volmacht te overleggen niet is toegestaan c.q. gehonoreerd. De aanbestedende dienst meldt verder dat perceel 3 gegund zal worden aan [appellante] .

3.2.1. [geïntimeerde 2] vordert RWM te gebieden de gunningsbeslissing ten aanzien van perceel 3 in te trekken, althans aan die gunningsbeslissing geen (verdere) uitvoering te geven, alsmede RWM te gebieden een nieuwe gunningsbeslissing te nemen waarbij perceel 3 aan [geïntimeerde 2] wordt gegund (primaair), althans een nieuwe gunningsbeslissing te nemen waarbij de inschrijving van [geïntimeerde 2] wordt beoordeeld met inachtneming van de uitspraak in deze zaak (subsidiar), een en ander op straffe van verbeurte van een dwangsom.

[geïntimeerde 2] heeft aan haar vordering ten grondslag gelegd dat RWM haar inschrijving ten onrechte

terzijde heeft gelegd omdat niet voldaan zou zijn aan de voorwaarde dat de inschrijving rechtsgeldig moet zijn ondertekend. Volgens [geïntimeerde 2] was er ten tijde van de inschrijving een geldige volmacht en is daarvan bewijs overgelegd.

3.2.2. RWM en [appellante] (deze laatste als tussenkomende partij) hebben verweer gevoerd tegen de vordering van [geïntimeerde 2] .

[appellante] heeft gevorderd RWM te gebieden, voor zover deze de opdracht nog steeds wenst te gunnen, de opdracht definitief aan [appellante] te gunnen, althans RWM een in goede justitie te nemen maatregel op te leggen.

3.2.3. Bij het bestreden vonnis heeft de voorzieningenrechter de vordering van [geïntimeerde 2] (grotendeels) toegewezen, in die zin dat RWM is gelast om de onderhavige gunningsbeslissing voor wat betreft perceel 3 in te trekken en ingetrokken te houden, althans daaraan geen (verdere) uitvoering te geven, om de inschrijving van [geïntimeerde 2] te beoordeelen met inachtneming van het vonnis en om een nieuwe gunningsbeslissing te nemen, voor zover RWM de opdracht nog wenst te gunnen. Oplegging van een dwangsom is achterwege gebleven.

De vordering van [appellante] heeft de voorzieningenrechter afgewezen.

3.3. [appellante] heeft vijf grieven geformuleerd en concludeert tot vernietiging van het bestreden vonnis, tot het alsnog afwijzen van de vordering van [geïntimeerde 2] en tot het alsnog toewijzen van haar vordering.

RWM schaart zich bij memorie van antwoord achter het betoog van [appellante] . RWM heeft in deze procedure zelf geen grieven geformuleerd tegen het bestreden vonnis.

RWM heeft bij afzonderlijke appeldagvaarding hoger beroep ingesteld tegen het bestreden vonnis. Die procedure (zaaknummer 200.208.947/01) is aangebracht ter rolzitting van het hof van 14 februari 2017. Op die rolzitting is aan RWM een termijn van vier weken verleend, dus tot 14 maart 2017, voor het nemen van de memorie van grieven. Aan de geïntimeerde partij in die procedure, [geïntimeerde 2] , is verstek verleend. Het hof overweegt als volgt.

3.4. Kern van de zaak is de vraag of de inschrijving van [geïntimeerde 2] rechtsgeldig (door een daartoe bevoegd natuurlijk persoon) is ondertekend, althans of [geïntimeerde 2] bij het indienen van de inschrijving daarvan bewijs (anders dan een uittreksel uit het handelsregister van de Kamer van Kamer van Koophandel nu die bevoegdheid daaruit niet bleek) had moeten overleggen.

3.5. Uitgangspunt is dat een aanbestedende dienst de beginselen van gelijke behandeling en transparantie dient te respecteren. Het beginsel van gelijke behandeling heeft tot doel de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging te bevorderen en vereist dat alle inschrijvers dezelfde

kansen krijgen. Uit dat beginsel volgt dat voor alle mededingers dezelfde voorwaarden moeten gelden. Het transparantiebeginsel heeft onder meer tot doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. Uit het beginsel volgt dat alle voorwaarden en modaliteiten door de aanbestedende dienst worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, opdat enerzijds behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren, en anderzijds de aanbestedende dienst in staat is om daadwerkelijk na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria die op de betrokken opdracht van toepassing zijn (vgl. EU-hof 29 april 2004, C-496/99, zaak *Succhi di Frutta*).

3.6. Het hof stelt voorop dat niet kan worden vastgesteld dat [betrokkene 1] ten tijde van de inschrijving op 11 juli 2016 niet bevoegd was de inschrijving namens [geïntimeerde 2] te verrichten. De door [geïntimeerde 2] overgelegde volmacht van die datum wijst erop dat die bevoegdheid toen reeds bestond. Aan de enkele suggestie van [appellante] dat de volmacht mogelijk geantedateerd is, gaat het hof, nu van niet meer dan een suggestie sprake is, voorbij.

Er op grond van het voorgaande van uitgaande dat [betrokkene 1] op 11 juli 2016 bevoegd was de inschrijving namens [geïntimeerde 2] te verrichten, is er in ieder geval geen sprake van een - in het aanbestedingsrecht ongeoorloofde want in strijd met het gelijkheidsbeginsel zijnde - bekrachtiging achteraf.

3.7. De hoofdstukken 2 en 3 van het beschrijvend document hebben betrekking op de voorwaarden voor inschrijving respectievelijk de inschrijvingsprocedure. In de paragrafen 2.1 en 3.6 van die hoofdstukken is als formele eis gesteld dat de inschrijving rechtsgeldig moet zijn ondertekend. Daarbij is niet de eis gesteld dat de rechtsgeldigheid van de ondertekening moet blijken uit bij de inschrijving te voegen stukken.

3.8. In § 4.2 van het beschrijvend document is in een tabel, waarin de geschiktheidscriteria zijn weergegeven, vermeld: 'Recent bewijs van inschrijving in het nationaal beroeps-/handelsregister'. Aan deze voorwaarde is door [geïntimeerde 2], die bij haar inschrijving een recent uittreksel uit het handelsregister bij de Kamer van Koophandel heeft gevoegd, als zodanig voldaan.

Bij genoemd geschiktheids criterium is als toevoeging vermeld: 'conform artikel 2.89 Aanbestedingswet'. Ingevolge dat artikel kan een aanbestedende dienst een inschrijver uitsluiten van deelneming wegens de in dat artikel genoemde redenen. Gelet op de strekking van dat artikel lijkt bedoelde toevoeging er naar het voorlopig oordeel van het hof op te duiden dat de aanbestedende dienst het bewijs van inschrijving (in elk geval) wenste om te kunnen beoordelen of al dan niet sprake is van faillissement, surseance van betaling, liquidatie, etc. (artikel 2.89 lid 1 jo. 2.87 lid 1, onderdeel b). [geïntimeerde 2] mocht dit zo begrijpen en hoefde uit de verwijzing naar artikel 2.89 Aanbestedingswet in elk geval niet af te leiden dat de voorwaarde werd gesteld om te kunnen controleren of de inschrijving rechtsgeldig is ondertekend. Dat is des te meer het geval nu, zoals ook de voorzieningenrechter heeft overwogen, § 4.2 is geplaatst in het hoofdstuk dat betrekking heeft op de geschiktheidscriteria en niet in de hoofdstukken 2 en 3, over de voorwaarden voor inschrijving en over de inschrijvingsprocedure.

3.9. In de toelichting bij bedoeld geschiktheids criterium van § 4.2 is nog wel vermeld dat het bewijs van inschrijving in het handelsregister er (ook) toe dient om te kunnen controleren of de inschrijving rechtsgeldig is ondertekend. Maar in die toelichting is niet gevraagd om de rechtsgeldigheid van de ondertekening op andere wijze aan te tonen in het geval dat - zoals nu aan de orde - de bevoegdheid van de ondertekenaar niet uit het bewijs van inschrijving in het handelsregister blijkt. De eis luidt slechts: een recent bewijs van inschrijving in het handelsregister, aan welke eis, zoals gezegd, [geïntimeerde 2] heeft voldaan.

Het hof sluit niet uit dat de aanbestedende dienst bij het opstellen van het beschrijvend document niet heeft gedacht aan de mogelijkheid dat uit het uittreksel uit het handelsregister niet te allen tijde de rechtsgeldigheid van de ondertekening blijkt en dat daarom niet voor dat geval om andere bewijsstukken is gevraagd. Dit kan [geïntimeerde 2] niet worden tegengeworpen.

De inschrijving was, anders dan [appellante] in haar eerste grief (punt 16-18) aanvoert, volledig. Grief I faalt.

3.10. Mede gelet op het voorgaande kon van [geïntimeerde 2] (als behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver) niet worden verwacht dat zij - terwijl in het beschrijvend document uitdrukkelijk alleen om een uittreksel uit

het handelsregister is gevraagd, en dan nog op een onlogische plaats als het gaat om de rechtsgeldige ondertekening van de inschrijving - moest bedenken dat uit het gevraagde uittreksel niet kon blijken dat [betrokkene 1] bevoegd was de inschrijving te ondertekenen en dat zij daarom uit eigener beweging andere bewijsstukken (de volmacht) diende bij te voegen. De enkele zin in de toelichting bij bedoeld criterium in § 4.2 dat uit het bij te voegen uittreksel uit het handelsregister moest blijken van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de ondertekenaar, is daarvoor te mager.

Naar het voorlopig oordeel van het hof handelt de aanbestedende dienst in strijd met het transparantiebeginsel door uitdrukkelijk om (niet méér dan) een uittreksel uit het handelsregister te vragen, maar impliciet wel ander bewijs te verlangen voor het geval het uittreksel uit het handelsregister niet zou blijken te volstaan. In dit opzicht is het beschrijvend document geenszins duidelijk, precies en ondubbelzinnig. Grief II, die anders concludeert, faalt.

3.11. Met grief III voert [appellante] aan dat de voorzieningenrechter heeft miskend dat het op de weg van [geïntimeerde 2] had gelegen om - proactief - fouten, onduidelijkheden en/of gebreken in het beschrijvend document zo veel mogelijk aan de orde te stellen in een stadium waarin deze nog door RWM ongedaan hadden kunnen worden gemaakt. Door dat na te laten heeft [geïntimeerde 2] haar recht om daarover alsnog te klagen verwerkt. [appellante] wijst op § 1.2 van het beschrijvend document, waarin is geregeld dat procedurefouten, tegenstrijdigheden en/of onvolkomenheden moeten worden gemeld en bij gebreke van melding in het voordeel van de aanbestedende dienst worden uitgelegd, en op de uitspraak van het EU-hof van 12 februari 2004, C-230/02 (Grossmann).

Hiervoor is reeds overwogen dat in het beschrijvend document slechts als eis is gesteld dat bij inschrijving een uittreksel uit het handelsregister moest worden bijgevoegd. [geïntimeerde 2] had en heeft tegen deze eis geen bezwaar en heeft daaraan voldaan. [geïntimeerde 2] klaagt niet over de inhoud van het beschrijvend document, laat staan te laat. Het is RWM die zich op het standpunt stelt dat [geïntimeerde 2] uit het beschrijvend document had moeten begrijpen dat ook een volmacht moest worden bijgevoegd. De stelling van [appellante] dat "de door [geïntimeerde 2] gestelde onvolkomenheid" in het voordeel van

RWM dient te worden uitgelegd (bladzijde 15 van de memorie van grieven) gaat niet op; die situatie is niet aan de orde. Grief III faalt.

3.12. Met grief IV betoogt [appellante] dat de voorzieningenrechter heeft miskend dat een gebrek aan transparantie met betrekking tot § 4.2, voor zover daarvan sprake is, niet tot toewijzing van een vordering strekkende tot intrekking van de gunningsbeslissing kan leiden. Een gebrek aan transparantie, in de zin van objectieve onduidelijkheid van de bepalingen van het beschrijvend document, impliceert dat de aanbestedingsprocedure als zodanig gebrekkig is en kan daarom alleen tot toewijzing van een vordering strekkende tot intrekking van de aanbestedingsprocedure leiden (al dan niet gekoppeld aan een gebod tot heraanbesteding indien de aanbestedende dienst onverminderd voornemens is de opdracht in de markt te zetten), aldus [appellante].

De grief faalt. Slechts indien van een behoorlijke aanbestedingsprocedure niet meer kan worden gesproken als gevolg van een gebrek aan transparantie in de aanbestedingsprocedure, is algehele heraanbesteding, althans intrekking ervan geboden. Die situatie doet zich thans niet voor. Het onderhavige geschil betreft alleen een formeel inschrijvingsvereiste die het gevolg is van een gebrek aan transparantie in het beschrijvend document en raakt de aanbestedingsprocedure als zodanig niet.

3.13. In het kader van grief V voert [appellante] aan dat na de beslissing van 2 augustus 2016 RWM de inschrijvingen van zowel [appellante] als [geïntimeerde 2] - voor het geval de inschrijving van [geïntimeerde 2] in kort geding geldig zou worden geoordeeld - heeft beoordeeld en dat uit die beoordeling is gebleken dat [geïntimeerde 2] op twee punten toch niet aan de eisen voldoet. Bij brief van 20 oktober 2016 schrijft RWM aan [geïntimeerde 2] (productie 2 van RWM in eerste aanleg): "Bij dagvaarding van 29 augustus jl. heeft u een kort geding aangespannen tegen de voorlopige gunning van de opdracht voor perceel 3 van deze aanbesteding aan [appellante] Nederland BV. Dit kort geding dient op 8 november a.s. Omdat dat vrij laat is, zou er daarna nog maar weinig tijd resteren om het plan van aanpak van de beoogde opdrachtnemer als bedoeld in paragraaf 6.2 van het Beschrijvend Document te beoordelen en ook te implementeren. Om die reden hebben wij per mail van 30 augustus jl. zowel bij [appellante] als bij u alvast het plan van aanpak opgevraagd, om

deze alvast te kunnen toetsen, zodat - ongeacht de uitkomst van het kort geding - na het vonnis zo snel mogelijk tot definitieve gunning van de opdracht kan worden overgegaan. Zowel [appellante] als u heeft ingestemd met deze werkwijze en ons tijdig voorzien van het verzochte plan van aanpak." RWM concludeert in de brief dat [geïntimeerde 2] niet voldoet aan de eisen 56 en 63 inzake stagnatie van de inzameling en inzet inzamelaars, noch aan eis 148 inzake de afstand tot de (alternatieve) overslag- en/of verwerkingslocatie. RWM besluit: "Beide hierboven vermelde regelmatigheden leveren ieder afzonderlijk, maar zeker tezamen, ongeldigheid van uw inschrijving op. Aangezien het hier gaat om twee nieuwe afwijzingsgronden, die wij niet eerder dan na beoordeling van uw plan van aanpak konden constateren, gaat ten aanzien van deze afwijzingsgronden thans een nieuwe termijn van 20 dagen lopen waarbinnen u tegen deze afwijzingsgronden kunt opkomen door een kort geding aanhangig te maken (...). Wij kunnen er echter ook mee instemmen als u het reeds aanhangige kort geding (...) benut om eveneens uw eventuele bezwaren tegen deze afwijzingsgronden te uiten."

Blijkens de in het geding gebrachte pleitnota van [geïntimeerde 2] in eerste aanleg, heeft [geïntimeerde 2] gemotiveerd bezwaar gemaakt tegen de afwijzingsgronden in de beslissing van 20 oktober 2016.

Bij het bestreden vonnis heeft de voorzieningenrechter te dien aanzien overwogen: "Vanwege het feit dat nog niet vaststaat dat perceel 3 wederom wordt aanbesteed, kan hierover in deze procedure niet worden beslist en wordt dus ook niet toegekomen aan de (partijen verdeeld houdende) vraag of het standpunt van RWM juist is en of dat gevolgen kan hebben voor de gunning als zodanig".

[appellante], die met grief V betoogt dat deze overweging van de voorzieningenrechter onjuist is, wenst in hoger beroep alsnog een inhoudelijke beoordeling van de twee afwijzingsgronden.

3.14. De inzet van [geïntimeerde 2] in dit kort geding is de intrekking van de door RWM op 2 augustus 2016 gegeven gunningsbeslissing. Alle stellingen en zo ook het petitum van de inleidende dagvaarding hebben betrekking op die beslissing. Op de datum waarop de inleidende dagvaarding is uitgebracht en de vordering werd ingesteld, 29 augustus 2016, was de beslissing van 20 oktober 2016 nog niet genomen. Uit het procesdossier blijkt niet dat [geïntimeerde 2] haar vordering in

eerste aanleg op enig moment heeft gewijzigd, in die zin dat de vordering moet worden geacht ook gericht te zijn tegen de beslissing van 20 oktober 2016. In de pleitnota van [geïntimeerde 2] in eerste aanleg (punt 6.2) wordt voor de formulering van haar vordering verwezen naar de inleidende dagvaarding. Nu een wijziging van eis schriftelijk moet geschieden (artikel 130 Rv) en daarvan niet is gebleken, moet de conclusie zijn dat de vordering van de in hoger beroep niet verschenen [geïntimeerde 2] alleen gericht is tegen de beslissing van 2 augustus 2016. De omstandigheid dat [geïntimeerde 2] tijdens de mondelinge behandeling is ingegaan op de twee afwijzingsgronden genoemd in de beslissing van RWM van 20 oktober 2016 maakt dat niet anders.

De conclusie van het voorgaande moet zijn dat de voorzieningenrechter - afgezien van de motivering - terecht niet heeft beslist inzake de twee afwijzingsgronden. Ook het hof zal de twee afwijzingsgronden daarom niet inhoudelijk behandelen. Grief V faalt.

3.15. Nu alle grieven falen zal het hof het bestreden vonnis bekrachtigen. Als de in het ongelijk gestelde partij zal [appellante] in de proceskosten worden veroordeeld.

4 De uitspraak

Het hof:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep; veroordeelt [appellante] in de proceskosten van het hoger beroep, en begroot die kosten tot op heden aan de zijde van [geïntimeerde 2] op nihil en aan de zijde van RWM op € 718,- ter zake van griffierecht en € 894,- ter zake van salaris advocaat; verklaart deze proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

Gelijkheidsbeginsel verplicht tot overleggen bewijs van vertegenwoordigingsbevoegdheid.

Inleiding

Het gerechtshof geeft in dit arrest ten minste drie oordelen die nadere beschouwing verdienen. Ten eerste slaat het hof acht op een na de inschrijving overgelegd volmachtbewijs (r.o. 3.6). Ten tweede geeft het een algemene regel voor de vraag wanneer een gebrek aan transpa-

rantie verplicht tot intrekking van deze procedure (r.o. 3.12). Tot slot oordeelt het hof dat een inschrijver enkel gehouden is bewijsstukken van rechtsgeldige vertegenwoordiging bij de inschrijving te voegen indien dit duidelijk, precies en ondubbelzinnig in het aanbestedingsdocument is voorgeschreven (r.o. 3.9-3.10). Deze onderwerpen komen hierna aan bod, waarbij wij eerst ingaan op r.o. 3.12 en vervolgens (gecombineerd) op r.o. 3.6 en 3.9-3.10.

Intrekking aanbestedingsprocedure wegens schending transparantiebeginsel

Het gerechtshof overweegt dat pas als schending van het transparantiebeginsel ertoe leidt dat van een behoorlijke aanbestedingsprocedure niet meer kan worden gesproken, heraanbesteding dan wel intrekking van de aanbestedingsprocedure geboden is.¹ Deze algemene regel hebben wij (in deze formulering) tot op heden niet in de jurisprudentie aangetroffen. Op dit punt wordt doorgaans volstaan met het oordeel dat de aanbestedende dienst vanwege een schending van het transparantiebeginsel mocht dan wel moest overgaan tot intrekking of heraanbesteding.² Een enkele keer wordt een meer algemene overweging gegeven.

1 Rechtsoverweging 3.12.

2 Vzr. Rb. Den Haag 2 juni 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:6249, «JAAN» 2016/159, r.o. 5.5; Vzr. Rb. Oost-Brabant 1 juli 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:3932, «JAAN» 2015/189, r.o. 4.5 en 4.7; Vzr. Rb. Den Haag 1 mei 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:6454, «JAAN» 2015/154, r.o. 4.4-4.8; Vzr. Rb. Gelderland 7 april 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:3676, «JAAN» 2015/142 r.o. 4.13; Vzr. Rb. Midden-Nederland 17 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:7359 «JAAN» 2015/46, r.o. 4.10; Vzr. Rb. Rotterdam 18 juni 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:4844, «JAAN» 2014/155, m.nt. B. Braat en J.J. van Loenen-de Wild; Vzr. Rb. Gelderland 10 februari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:1610, «JAAN» 2014/67, r.o. 4.8-4.10; Vzr. Rb. Leeuwarden 5 juli 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BX2163, «JAAN» 2012/133, r.o. 4.6; Vzr. Rb. Rotterdam 10 mei 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW5760, «JAAN» 2012/104; Vzr. Rb. Arnhem 15 juli 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BR4958, «JAAN» 2011/149; Hof Leeuwarden 16 december 2008, ECLI:NL:GHLLE:2008:BG9924, «JAAN» 2008/142, r.o. 34-35; Vzr. Rb. Utrecht 21 september 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BB3984, «JAAN» 2007/107, r.o. 4.11.

Het is twijfelachtig wat de toegevoegde waarde is van de nadere precisering door het hof.

Schending van het transparantiebeginsel leidt er immers al snel toe dat moet worden ingegrepen in de aanbestedingsprocedure. Het door het hof aangelegde criterium werpt daarvoor een wat ongrijpbare aanvullende drempel op. Onduidelijk is waar de cesuur ligt tussen een intransparante aanbestedingsprocedure die nog wel behoorlijk is en een intransparante aanbestedingsprocedure die niet meer behoorlijk is. Gevallen waarin schending van het transparantiebeginsel er niet toe leidt dat ingrijpen in de procedure noodzakelijk is, zullen zich vermoedelijk beperken tot gevallen waarin de (klagende) deelnemer(s) door het gebrek aan transparantie niet zijn benadeeld.

Gezien de onderliggende casus, zal het hof op deze categorie gevallen het oog hebben gehad. Appellant had ondanks het vermeende gebrek aan transparantie zelf immers wel bewijsstukken overgelegd waaruit de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de ondertekenaar van zijn inschrijving blijkt. Het was wellicht passender geweest als het hof het beroep van appellant had afgewezen met de overweging dat appellant door de schending van het transparantiebeginsel niet in zijn belangen is geschaad.

Gelijkheidsbeginsel verplicht tot verstrekken bewijs van volmacht

Het gerechtshof overweegt dat een bewijsstuk waaruit blijkt dat de ondertekenaar van de inschrijving daartoe rechtsgeldig bevoegd is, slechts dan op straffe van ongeldigheid van de inschrijving bij de inschrijving hoeft te worden overgelegd indien dit in het beschrijvend document duidelijk, precies en ondubbelzinnig is voorgeschreven.³ Wij vragen ons af of deze overweging juist is.

3 Rechtsoverweging 3.6 van het arrest; vgl. ook in eerste aanleg Vzr. Rb. Limburg 23 november 2016, zaaknummer: C/03//2252256, r.o. 4.2 (niet gepubliceerd); hoewel op de uitkomst van de uitleg van het beschrijvend document door het gerechtshof i.c. mogelijk een en ander valt af te dingen, laten wij dit oordeel van het gerechtshof voor wat het is.

Het (Europees) aanbestedingsrecht zoals neergelegd in de Aanbestedingswet 2012 verplicht niet met zoveel woorden tot het overleggen van een bewijs waaruit blijkt dat de ondertekenaar van een inschrijving daartoe rechtsgeldig bevoegd is. De voor de hand liggende gedachte is dan dat moet worden teruggevallen op hetgeen hierover in het gemene recht is bepaald, in het voorliggende geval in Titel 3 van Boek 3 BW (al dan niet via artikel 3:79 BW). Vervolgens zou dan worden geconstateerd dat het uitgangspunt van deze titel is dat het voor een rechtsgeldige vertegenwoordiging krachtens volmacht niet is vereist dat de gevolmachtigde bewijs van zijn volmacht overlegt, tenzij daar tijdig om wordt verzocht (artikel 3:71 BW). Het arrest van het hof sluit hier naadloos op aan.

Wij menen echter dat aan toepassing van voormeld uitgangspunt van Boek 3 Titel 3 BW niet wordt toegekomen. Een aanbestedende dienst is gehouden om bij een aanbesteding het gelijkheidsbeginsel toe te passen.⁴ Dit beginsel beoogt een gezonde en daadwerkelijke mededinging te bevorderen en vereist dat alle inschrijvers bij het opstellen van het in hun offertes gedane voorstel dezelfde kansen krijgen.⁵ Dit vereiste brengt onder meer mee dat alle inschrijvers op het moment waarop zij besluiten zich definitief aan een opdracht te committeren (door in te schrijven) over dezelfde inlichtingen beschikken (waaronder is begrepen dezelfde algemeen toegankelijke markt informatie).

Indien een inschrijver bij zijn inschrijving geen bewijs behoeft over te leggen waaruit blijkt dat hij door de ondertekenaar van de inschrijving rechtsgeldig is vertegenwoordigd, kan deze inschrijver zich via een beroep op onbevoegde vertegenwoordiging na inschrijving nog aan de aanbestedingsprocedure onttrekken.⁶ Deze in-

schrijver verschaft zich daarmee een betere uitgangspositie dan de overige inschrijvers, omdat hij op een later moment dan de overige inschrijvers (op basis van marktontwikkelingen) kan besluiten of hij zijn inschrijving wil handhaven.⁷ Dit leidt tot oneerlijke mededinging doordat deze inschrijver het risico kan nemen om scherper in te schrijven dan de overige inschrijvers (hij kan bijvoorbeeld gokken op een daling van zijn inkooprijzen).⁸ Mocht naderhand blijken dat zijn inschrijving te scherp was, volgt zijn beroep op onbevoegde vertegenwoordiging.⁹

Het bovenstaande leidt ertoe dat een aanbestedende dienst ter waarborging van het gelijkheidsbeginsel onzes inziens is gehouden om inschrijvingen waaruit niet blijkt dat de ondertekenaar van de inschrijving daartoe rechtsgeldig bevoegd is, als ongeldig terzijde te schuiven. Dit geldt ons inziens ook indien het overleggen van een dergelijk bewijs niet in de aanbestedingsstukken is voorgeschreven. Het transparantiebeginsel staat hieraan niet in de weg, nu de verplichting tot het overleggen van bedoeld bewijs rechtstreeks en dwingend voortvloeit uit een algemeen erkend en gecodificeerd aanbestedingsrechtelijk beginsel.¹⁰ Een dergelijk dwingendrechtelijk aanbestedingsrechtelijk beginsel prevaleert boven de algemene uitgangspunten van het BW.

4 HvJ EU 29 april 2004, ECLI:EU:C:2004:236 (Succhi di Frutta), pt. 110.

5 Vgl. HvJ EU 29 april 2004, ECLI:EU:C:2004:236 (Succhi di Frutta), pt. 110.

6 Een en ander los van de kans van slagen van een dergelijke vordering in voorkomend geval, vgl. HR 19 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK7671 (ING/Bera); ook laten wij in deze annotatie buiten beschouwing de

eventuele mogelijkheid van de aanbestedende dienst om de onbevoegde vertegenwoordiger aansprakelijk te stellen.

7 Vgl. conclusie AG d.d. 25 november 2015, zaak C-396/14, alinea 82.

8 Vgl. Vزر. Rb. Arnhem 29 april 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BM7409, «JAAN» 2010/59, r.o. 4.6; Vزر. Rb. Almelo 18 juni 2008, ECLI:NL:RBALM:2008:BD4812, «JAAN» 2008/60, r.o. 4.2.

9 Dat een dergelijk beroep niet altijd zal slagen, doet aan het voorgaande niet af.

10 Art. 1.8 Aw 2012; vgl. HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9233, «JAAN» 2013/6, m.nt. M.J. Mutsaers, r.o. 3.6.3.

Via artikel 3:79 BW kan tot dezelfde conclusie worden gekomen indien wordt aangenomen dat het aanbestedingsrecht niet kwalificeert als vermogensrecht, maar als (functioneel) rechtsgebied sui generis.¹¹

Als uit de inschrijving niet blijkt dat de ondertekenaar van de inschrijving daartoe rechtsgeldig bevoegd is, kan (en mogelijk: moet¹²) de aanbestedende dienst ons inziens enkel acht slaan op bewijsstukken die na de inschrijving worden ontvangen, indien (i) objectief vaststaat dat het bewijs dateert van voor de datum inschrijving¹³ en (ii) het bewijsstuk onafhankelijk van de inschrijver kan worden ontvangen. Een uittreksel uit het handelsregister zal bijvoorbeeld aan deze eisen voldoen.

Het hof slaat bij zijn beoordeling van de grieven acht op een na de inschrijving overgelegd volmachtbewijs.¹⁴ Dit volmachtbewijs voldoet niet aan de genoemde twee eisen waardoor het hof ons inziens daarop geen acht had mogen slaan. Allereerst stond niet objectief vast dat dit bewijs van volmacht dateert van vóór de inschrijfdatum. De inschrijver had dit in ieder geval niet aannemelijk gemaakt anders dan door te wijzen op de dagtekening van het volmachtbewijs. Antedatering kan echter niet worden uitgesloten en was ook door de aanbestedende dienst gesuggereerd.

Ten tweede was de aanbestedende dienst afhankelijk van de inschrijver voor het verkrijgen van de volmacht. Door de volmacht op te vragen, kreeg de inschrijver de keuze om het gevraagde bewijs over te leggen danwel zich te beroepen op onbevoegde vertegenwoordiging hetgeen ons inziens in strijd is met het gelijkheidsbeginsel aangezien de overige inschrijvers de keuze om deel te nemen aan de aanbesteding al op een eerder moment hebben moeten maken.

Tot slot zij opgemerkt dat bovenstaande lijn in de aanbestedingsrechtelijke jurisprudentie al lijkt te worden toegepast (zij het doorgaans zonder verwijzing naar het gelijkheidsbeginsel).¹⁵ Slechts een zeer beperkt aantal uitspraken hanteert de lijn van het hof te 's-Hertogenbosch.¹⁶

Conclusie

De wijze waarop het gerechtshof omgaat met de vraag of een bewijs van volmacht bij de inschrijving moet worden bijgesloten indien de ondertekeningsbevoegdheid niet uit het uittreksel uit het Handelsregister blijkt, kan onzes inziens leiden tot strijd met het gelijkheidsbeginsel en verdient daarom ons inziens geen navolging.

11 Vgl. over de kwalificatie van het aanbestedingsrecht: C.E.C. Jansen, *Preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor aanbestedingsrecht* 2009, Den Haag: Sdu 2009, p. 32-33 en W.G.P.E. Wedekind, *Aanbesteden, een hele opdracht* (Oratie Amsterdam (UvA)), Amsterdam: Vossiuspers 2001, p. 11.

12 Vgl. E.H. Pijnacker Hordijk, G.W. van der Bend en J.F. van Nouhuys, *Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht*, Den Haag: SDU 2009, p. 467-468.

13 Vgl. HvJ EU 10 oktober 2013, ECLI:EU:C:2013:647, pt. 38-40; herstel mag niet leiden tot concurrentievervalsing, vgl. v.zr. Rb. Den Haag 14 september 2009, ECLI:NL:RBDHA:2009:BK4491, «JAAN» 2009/154.

14 Rechtsoverweging 3.6; vgl. in eerste aanleg: V.zr. Rb. Limburg 23 november 2016, zaaknummer: C/03//2252256, r.o. 4.2 (niet gepubliceerd).

15 Vgl. onder meer: V.zr. Rb. 's-Gravenhage 23 augustus 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BC6293, «JAAN» 2007/176; V.zr. Rb. 's-Gravenhage 27 oktober 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BC9270, «JAAN» 2007/182, r.o. 4.1-4.6; V.zr. Rb. 's-Gravenhage 29 januari 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BD7501, «JAAN» 2008/69, r.o. 3.2; V.zr. Rb. 's-Gravenhage 20 februari 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BM8941, «JAAN» 2008/156 en «JAAN» 2011/101; V.zr. Rb. 's-Gravenhage 17 september 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BG3427, «JAAN» 2008/114, r.o. 4.2; V.zr. Rb. 's-Gravenhage 16 maart 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BH6163, «JAAN» 2009/28; V.zr. Amsterdam 21 januari 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BL2368, «JAAN» 2010/7, r.o. 4.4; V.zr. Rb. Rotterdam 16 april 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW5991, «JAAN» 2012/95; V.zr. Rb. 's-Gravenhage 21 september 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX8645, «JAAN» 2012/172.

16 V.zr. Rb. Limburg 23 november 2016, zaaknummer: C/03/2252256 (niet gepubliceerd; bekrachtigd in het hier geannoteerde arrest); RvA 15 september 2004, nr. 26.846, r.o. 19.

Voor wat betreft het overleggen van een bewijs van rechtsgeldige vertegenwoordiging bevelen wij aanbestedende diensten aan om, met het oog op de rechtszekerheid en onverminderd bovenstaand betoog, in de aanbestedingsstukken klip en klaar op nemen dat een inschrijver bij de inschrijving op straffe van ongeldigheid van de inschrijving bewijsstukken moet verstrekken waaruit blijkt dat de ondertekenaar van de inschrijving daartoe rechtsgeldig bevoegd is.

M.M. Fimerius,
advocaat bij AKD

M.C. de Vries,
Advocaat op de sectie Bouw- en aanbestedingsrecht van Pels Rijkken

116

Rechtbank Gelderland
17 februari 2016, nr. 279493,
ECLI:NL:RBGEL:2016:1384
(mr. Meijer, mr. Den Tonkelaar, mr. Vaessen)
Noot mr. G.J. Huith en mr. M.R. van Rijckevorsel

Private aanbesteding. Overeenkomstenrecht. Totstandkoming overeenkomst. Schadevergoeding.

Kinderopvang SKAR exploiteert een onderneming die zich bezighoudt met het bieden van kinderopvang. SKAR Groep is sinds 31 mei 2005 bestuurder en enig aandeelhouder van Kinderopvang SKAR. Stichting Kinderopvang Arnhem en Regio (hierna: de Stichting) was eerst ook gedaagde in de onderhavige procedure; inmiddels is de procedure jegens haar doorgehaald.

Op 31 mei 2012 is na een onderhandse aanbesteding, het project inzake een nieuwe ICT-infrastructuur voorlopig gegund aan Netdata. In het aanbestedingsdocument staat:

‘SKAR als opdrachtgever behoudt zich het recht voor om, op elk door hem gewenst moment, de gehele of een gedeelte van de aanbesteding tijdelijk of definitief te stoppen. Inschrijvers ontvangen in dat geval schriftelijk bericht. Tevens heeft SKAR geen verplichting tot Gunning.’

Centrale vraag in conventie is of de samenwerkingsovereenkomst en de deelovereenkomsten tot stand zijn gekomen, en zo ja, tussen welke partijen. Netdata stelt dat er tussen haar en Kinderopvang SKAR een samenwerkingsovereenkomst en deelovereenkomsten tot stand zijn gekomen door gunning. SKAR B.V. c.s. betwist dat; zij voert aan dat er van definitieve gunning geen sprake is en dat bovendien niet Kinderopvang SKAR, maar de Stichting de beoogde contractspartij van Netdata was.

Informele aanbesteding

Het gaat hier om een informele aanbesteding. Uiteindelijk is dat niet meer dan een regulering voor het totstandkomingsproces. Het zet het normale overeenkomstenrecht niet opzij. Na de voorlopige gunning zijn partijen in concrete onderhandelingen getreden en is overeenstemming bereikt over de inhoud van de overeenkomsten. Dan is de overeenkomst normaliter rond en zal er – om in de woorden van de aanbesteding te blijven – “definitief gegund” moeten worden. De vraag in deze zaak is of het voorbehoud in de aanbestedingsvoorwaarden de aanbesteder de ruimte geeft zich daarna nog terug te trekken.

Voorbehoud te laat ingeroepen

Op zichzelf staat zo’n voorbehoud enigszins op gespannen voet met het karakter van een aanbesteding: daarmee beoogt de aanbesteder – die pretendeert een vraag te hebben – immers een contractspartij te selecteren. Degenen die inschrijven maken daarvoor ook kosten. Tegen die achtergrond past hier een terughoudende toets van het voorbehoud uit het aanbestedingsdocument. Aangenomen dat het als zodanig kan, zal een beroep daarop in ieder geval moeten geschieden onmiddellijk nadat de onderhandelingen zijn afgerond en onder naleving van de zelf opgelegde verplichting om het afzien van definitieve gunning schriftelijk mede te delen.

Het moet ervoor worden gehouden dat niet vóór 7 maart 2013, althans februari 2013, is gecommuniceerd dat de overeenkomsten niet zouden worden ondertekend in afwachting van een beslissing over de definitieve gunning. Dat is te laat. Daar komt nog bij dat SKAR B.V. c.s. niet heeft voldaan aan haar eigen voorwaarde dat het afzien van gunning schriftelijk diende te gebeuren.

De rechtbank is van oordeel dat gelet op de feiten en omstandigheden Netdata er in december 2012 gerechtvaardigd op heeft mogen vertrouwen dat het project haar definitief gegund was en dat er een overeenkomst tot stand was gekomen. Immers:

- sinds de voorlopige gunning hadden partijen intensief contact over de uitwerking;
- de tekst van de overeenkomst was definitief en bevatte alle essentialia;

- tijdens de onderhandelingsperiode is het voorbehoud van definitieve gunning uit het aanbestedingsdocument geen onderwerp van gesprek geweest;
- in december 2012 is enkel gezegd dat ondertekening werd uitgesteld in verband met een mogelijke fusie, maar toen is geen voorbehoud gemaakt in verband met definitieve gunning;

- de definitieve gunning was vormvrij en in het aanbestedingsdocument stond niet aangegeven op welk moment sprake zou zijn van definitieve gunning, anders dan de in de bijlage bij dat document gegeven voorlopige planning die spreekt van 19 juni – kennelijk 2012 – als voorlopige datum van definitieve gunning. Deze datum was inmiddels verstreken.

Contractspartijen

Vervolgens komt de rechtbank toe aan de vraag wie contractspartij was van Netdata; Kinderopvang SKAR zoals zij zelf stelt of de Stichting zoals SKAR B.V. c.s. aanvoert.

Uit het uittreksel uit het handelsregister van Kinderopvang SKAR blijkt dat die vennootschap een groot aantal vestigingen heeft waar buitenschoolse opvang en/of kinderopvang plaatsvindt. De Stichting daarentegen heeft maar één adres en geen andere vestigingen. Hieruit leidt de rechtbank af dat hetgeen hiervoor uit de inleiding van het aanbestedingsdocument en uit het programma van eisen is geciteerd, wel betrekking moet hebben op Kinderopvang SKAR en niet op de Stichting.

De partijaanduiding in de samenwerkingsovereenkomst en deelovereenkomsten is niet eenduidig. Wat wel duidelijk is, is dat de aanbesteding bedoeld was voor de ICT-infrastructuur voor de locaties en de hoofdvestiging van Kinderopvang SKAR. Bovendien mist de Stichting de benodigde eigenschappen voor het aangaan van de overeenkomst; de in de bijlage bij de overeenkomsten opgesomde vestigingen zijn geen vestigingen van haar en het waren die vestigingen waarvan de ICT-infrastructuur werd aanbesteed. Dit gegeven plus de beschreven onduidelijkheid in de naamvoering, plus het feit dat [gevolmachtigde van SKAR] de onderhandelingen heeft gevoerd terwijl hij werkzaam was voor Kinderopvang SKAR en geen functie bekleedde binnen de Stichting, én het feit dat [gevolmachtigde van SKAR] zelf schrijft over het feit dat Kinderopvang SKAR een nieuwe infrastructuur in gebruik zou nemen, maakt dat Netdata er gerechtvaardigd op heeft mogen vertrouwen dat Kinderopvang SKAR haar contractspartij was bij de samenwerkingsovereenkomst en de deelovereenkomsten.

digd op heeft mogen vertrouwen dat Kinderopvang SKAR haar contractspartij was bij de samenwerkingsovereenkomst en de deelovereenkomsten.

Conclusie

De conclusie is dat is vast komen te staan dat de samenwerkingsovereenkomst en de deelovereenkomsten tussen Netdata en Kinderopvang SKAR tot stand zijn gekomen. Door de opzegging is Kinderopvang SKAR schadeplichtig geworden jegens Netdata.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

NETDATA SYSTEMS B.V.,

gevestigd te Amsterdam,

eiseres in conventie,

verweerster in reconventie,

advocaat mr. N.M. Niewold te 's-Gravenhage,

tegen

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

KINDEROPVANG SKAR B.V.,

gevestigd te Arnhem,

gedaagde in conventie,

eiseres in reconventie,

advocaat mr. C.M. van der Corput te Veldhoven,

2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

SKAR GROEP B.V.,

gevestigd te Arnhem,

gedaagde in conventie,

advocaat mr. C.M. van der Corput te Veldhoven.

Partijen zullen hierna Netdata en SKAR B.V. c.s. genoemd worden. Gedaagden zullen afzonderlijk worden aangeduid als Kinderopvang SKAR en SKAR Groep.

1De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het tussenvonnissen van 24 juni 2015

- het proces-verbaal van comparitie van 6 november 2015.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2De feiten

2.1. Netdata is een ICT bedrijf.

2.2. Kinderopvang SKAR exploiteert een onderneming die zich bezig houdt met het bieden van kinderopvang. SKAR Groep is sinds 31 mei 2005 bestuurder en enig aandeelhouder van Kinderopvang SKAR. De afkorting SKAR in de naam van

gedaagden staat voor Stichting Kinderopvang Arnhem en Regio. Dit is ook de volledige naam van een bestaande stichting.

2.3. Stichting Kinderopvang Arnhem en Regio (hierna: de Stichting) was eerst ook gedaagde in de onderhavige procedure; inmiddels is de procedure jegens haar doorgehaald. Bestuurder van de Stichting is A. [bestuurder van de stichting] (hierna: [bestuurder van de stichting]).

2.4. Op 31 mei 2012 is na een onderhandse aanbesteding, het project inzake een nieuwe ICT infrastructuur voorlopig gegund aan Netdata. In het aanbestedingsdocument staat:

SKAR als opdrachtgever behoudt zich het recht voor om, op elk door hem gewenst moment, de gehele of een gedeelte van de aanbesteding tijdelijk of definitief te stoppen. Inschrijvers ontvangen in dat geval schriftelijk bericht. Tevens heeft SKAR geen verplichting tot Gunning.

De Inschrijver heeft geen recht op vergoeding van enigerlei kosten gemaakt in het kader van deze aanbestedingsprocedure, ook niet als de procedure vroegtijdig wordt beëindigd.

2.5. De aanbesteding heeft plaatsgevonden onder begeleiding van M&I/Partners (hierna: M&I) in persoon van de heer M. [betrokkene] (hierna: [betrokkene]).

2.6. Op 8 juni 2012 heeft er naar aanleiding van voormelde voorlopige gunning een bespreking plaatsgevonden tussen Netdata en de heer A.A. [gevolgmachtigde van SKAR] als gevolgmachtigde van Kinderopvang SKAR (hierna: [gevolgmachtigde van SKAR]). Toen is besproken dat het project

1 december 2012 opgeleverd zou dienen te worden.

2.7. Op 19 oktober 2012 heeft een bijeenkomst plaatsgevonden waarbij de inhoud van de tussen partijen op te stellen overeenkomsten zijn besproken. Afgesproken is dat Netdata een inventarisatie van de ICT bij Kinderopvang SKAR zou maken.

2.8. Op 21 oktober 2012 heeft [gevolgmachtigde van SKAR] de volgende e-mail gestuurd aan de advocaat van SKAR B.V. c.s.:

Kinderopvang SKAR is bezig om een nieuwe ICT infrastructuur in gebruik te gaan nemen. De afgelopen periode is vooral gebruikt om via onderzoek, etc. te kunnen beoordelen welke infrastructuur voor SKAR het beste zou zijn en vanuit een gunningproces is uiteindelijk het bedrijf NetData uit Amsterdam gekozen als de partner waarmee

verder wordt gepraat. Dit gehele traject wordt intensief begeleid door adviesbureau M&I Partners, in de persoon van [...] [betrokkene].

Op afzienbare termijn (ik verwacht uiterlijk in de 1e week van november dit jaar) zullen de contracten voor de samenwerking tussen NetData en SKAR op het gebied van ICT infrastructuur in 1e concept worden aangeboden. Ik heb met [...] [betrokkene] afgesproken, dat zodra het 1e concept gereed is, ik graag wil dat de deskundigheid van Banning wordt gebruikt bij het voor SKAR kunnen beoordelen van de inhoud van het 1e concept van het contract. [betrokkene] neemt daartoe contact met je op en zal jou namens SKAR de verschillende documenten met betrekking tot dit contract toesturen. (...)

2.9. Op 25 oktober 2012 heeft Netdata de ICT bij Kinderopvang SKAR in kaart gebracht.

2.10. In oktober en november 2012 is over en weer gemaild tussen Netdata en M&I over de concept-overeenkomsten.

2.11. Op 29 november 2012 hebben contractbesprekingen plaatsgevonden over de laatste discussiepunten.

2.12. Op 3 december 2012 heeft Netdata de conceptovereenkomsten in een definitieve versie ontvangen van de opstellende advocaat. Het betreft een samenwerkingsovereenkomst en twee deelovereenkomsten. In de samenwerkingsovereenkomst en de deelovereenkomsten staan als partijen genoemd: "Stichting Kinderopvang Arnhem Regio" als opdrachtgever en Netdata als opdrachtnemer. In de overeenkomst staat dat de opdrachtgever in de overeenkomst SKAR genoemd zal worden. In de overeenkomst staat, voor zover relevant:

Overwegende dat;

a) SKAR een in Nederland gevestigde organisatie is die Kinderopvang biedt vanuit circa 166 locaties op +/- 120 adressen

b) (...)

3.3. Duur en Beëindiging

Samenwerkingsovereenkomst

1) Deze Samenwerkingsovereenkomst is effectief vanaf de datum dat zowel SKAR als Netdata deze hebben ondertekend en kent een initiële looptijd van zes jaar (72 maanden) met een proeftijd van 18 maanden. Gedurende de proeftijd van 18 maanden zal op twee momenten (na 11 maanden en na 17 maanden) de dienstverlening van Netdata worden geëvalueerd. Deze evaluatie zal plaatsvinden aan de hand van een gebruiksvriendelijk-

heidonderzoek. Indien de dienstverlening van Netdata, in het kader van dit gebruiksvriendelijkheidsonderzoek vanuit het perspectief van een representatief aantal (min. 100) SKAR medewerkers lager scoort dan gemiddeld een cijfer 6, is SKAR gerechtigd om de Samenwerkingsovereenkomst te beëindigen door opzegging per aangetekende brief met een opzegtermijn van 3 maanden. (...)

Beëindiging

(...)

8) Ieder der partijen is bevoegd deze Samenwerkingsovereenkomst onmiddellijk en zonder rechterlijke tussenkomst te beëindigen indien:

i) (...)

iii) de andere partij toerekenbaar tekortgeschoten is in de nakoming van een verplichting uit de betreffende Deelovereenkomst en na bij aangetekend schrijven in gebreke te zijn gesteld niet alsnog binnen dertig (30) werkdagen zijn verplichtingen is nagekomen. (...)

2.13. Een bijlage bij een deelovereenkomst is een lijst met adressen waarboven staat:

Onderstaand de lijst met locaties die op basis van deze Deelovereenkomst zullen worden aangesloten.

2.14. Op 4 december 2012 heeft Netdata aan de opstellende advocaat en [betrokkene] gemaaild: Samengevat kom 't er op neer dat wij, met uitzondering van een aantal schoonheidsfoutjes, akkoord zijn met de formulering. Het artikel rondom Aansprakelijkheid is nog het enige punt van discussie. Zodra we overeenstemming hebben over Aansprakelijkheid wil ik jullie vragen alle opmerkingen en wijzigingen te accepteren. Vervolgens mij de stukken per email retour zenden. Dan zal ik jullie de definitieve versie in PDF aanleveren. (...)

De advocaat heeft daarop een uur later geantwoord:

Hierbij stuur ik je de schone overeenkomsten waarin alle aanpassingen zijn doorgevoerd. Alleen in de Deelovereenkomst Datacommunicatiediensten ben ik niet akkoord met de toevoeging in artikel 3.2 (...). Ik stel daarom voor om aan te sluiten bij de door mij opgestelde tekst.

2.15. Op 5 december 2012 heeft Netdata aan [betrokkene] gemaaild:

Laat je vandaag weten of je akkoord bent, dan stuur ik de pdf's.

Twee uur later heeft [betrokkene] daarop geantwoord:

Lijkt me prima zo. Ik zie de PDF's graag tegemoet.

2.16. Op 21 december 2012 heeft Netdata bericht ontvangen dat de overeenkomst niet ondertekend zou worden.

2.17. Op 7 maart 2013 heeft er een gesprek plaatsgevonden tussen Netdata en [gevolgmachtigde van SKAR] en de heer R. [werknemer van SKAR], werknemer van Kinderopvang SKAR. Hiervan heeft Netdata een samenvatting gemaakt die op 11 maart 2013 aan [gevolgmachtigde van SKAR] is gemaaild. In de samenvatting staat, voor zover relevant:

SKAR geeft aan dat, ongeacht de uitkomst van de fusiegesprekken, er op z'n minst tot 31.12.2013 behoefte is aan ondersteuning en Support voor de huidige IT infrastructuur van SKAR. Om die reden heeft SKAR Netdata gevraagd een voorstel te doen voor een Hands – on Support contract.

(...)

Wij willen er op wijzen dat een mogelijk (voorlopig Hands – on support) contract tussen SKAR en Netdata, gebaseerd op de diensten zoals hier beschreven, niet beschouwd kan worden ter vervanging van de afspraken (voortkomende uit het PvE dat door M&I partners in Maart 2012 is opgesteld, en waarvoor Netdata de gunning heeft gekregen) die in het (recente) verleden gemaakt zijn en ter zake waarvan wij recentelijk een vastlegging hebben aangeboden.

De diensten die wij SKAR nu aanbieden zijn bedoeld enerzijds ter overbrugging van de periode waarin mogelijk een fusie wordt afgerond en anderzijds om de continuïteit van de huidige ICT functionaliteiten in ieder geval tot 31.12.2013 te waarborgen. Netdata behoudt zich in ieder opzicht al haar rechten voor, onder meer doch niet uitsluitend het recht om als zou blijken dat Netdata niet de ICT-outsourcing partner blijft, Netdata aanspraak maakt op compensatie voor geleden schade en kosten voortvloeiende uit de acceptatie door SKAR van het Antwoord van Netdata op het PvE van SKAR en de daarop gevolgde gunning voor dit project.

2.18. Op 2 juli 2013 hebben [gevolgmachtigde van SKAR] namens Kinderopvang SKAR en Netdata een serviceovereenkomst ondertekend. De overeenkomst kent een looptijd van 18 maanden en een opzegtermijn van 3 maanden. Over de ingangsdatum van de serviceovereenkomst bepaalt deze in artikel 3.1.1:

De looptijd van deze SLA gaat in vanaf het moment dat SKAR de op te leveren Service geaccepteerd heeft, maar niet later dan drie (3) maanden nadat Netdata de Service heeft aangeboden aan SKAR ter acceptatie.

2.19. Vervolgens is op 10 december 2013 een hostingovereenkomst tot stand gekomen. Deze kent een looptijd van 36 maanden en opzegging is onder voorwaarden mogelijk.

2.20. Nadien heeft Netdata de opdracht gekregen tot aanpassing van het netwerk van de infrastructuur. Deze opdracht is inmiddels voltooid.

2.21. Op 26 juni 2014 zijn de aandelen in SKAR Groep door de Stichting overgedragen aan Korein Groep B.V. (hierna: Korein).

2.22. Op 23 september 2014 heeft Netdata bericht ontvangen dat de ICT werkzaamheden voor Kinderopvang SKAR gedaan zullen worden door KSS B.V., een aan Korein gelieerde vennootschap.

2.23. Op 30 september 2014 heeft Netdata bericht ontvangen over de opzegging van de overeenkomsten. Hierin staat:

Namens SKAR groep BV, onderdeel van Korein Groep BV, wil ik hierbij alle lopende diensten en contracten tussen Net-data en SKAR groep B.V. opzeggen. (...)

Opzeg datum 30-09-2014.

Deze opzegging omvat alle contracten die er lopen en zijn afgesloten tussen uw organisatie Net-Data en SKAR Groep B.V. en aan haar gelieerde Bv's.

2.24. Hierop heeft Netdata gereageerd met een e-mail van 9 oktober 2014. Hierin staat, voor zover relevant:

Wij zijn er, tot het gesprek van 23 september jl., steeds vanuit gegaan dat jullie ons alsnog de werkzaamheden zouden laten verrichten. Puntje bij paaltje worden de gemaakte afspraken echter nu alsnog met voeten getreden door het outsourcen van de IT aan de aan de Korein Groep gelieerde ICT partij, KSS. Alhoewel ons nu eigenlijk wel duidelijk is dat SKAR de uit de gunning voortvloeiende afspraken met Netdata niet meer zal nakomen, geven wij jullie de mogelijkheid dit te heroverwegen en uiterlijk op 19 oktober a.s. schriftelijk te laten weten dat wij alsnog het project dat ons gegend is, mogen uitvoeren.

2.25. In oktober en november 2014 heeft SKAR B.V. c.s. een bedrag ad € 7.614,95 en een bedrag ad € 4.262,89 aan Netdata betaald.

2.26. Netdata heeft, na daartoe verkregen verlot, conservatoir beslagen doen leggen onder SKAR B.V. c.s. ter verzekering van het verhaal van haar

vordering. Kinderopvang SKAR heeft in kort geding opheffing van de beslagen gevorderd. Deze vordering is afgewezen bij vonnis van 24 april 2015.

3Het geschil in conventie

3.1. Netdata vordert na vermindering van eis samengevat - hoofdelijke veroordeling van SKAR B.V. c.s. tot betaling van:

I. € 8.640,- in verband met de opzegging van de serviceovereenkomst

II. € 69.530,- in verband met de opzegging van de hostingovereenkomst

III. € 914.912,- in verband met de opzegging van de samenwerkingsovereenkomst en deelopovereenkomsten

IV. € 367,55 aan openstaande facturen

V. € 6.630,- aan kosten voor een deskundige, een en ander vermeerderd met rente en (buitengerechtigde incasso) kosten.

3.2. Netdata stelt dat SKAR B.V. c.s. de drie eerstgenoemde bedragen verschuldigd is als schadevergoeding in verband met de onregelmatige opzegging van de onder 3.1. genoemde overeenkomsten. Zij vordert daarbij het positieve contractsbelang. Ten aanzien van SKAR Groep baseert zij de aansprakelijkheid op het feit dat SKAR Groep een verklaring ex artikel 2:403 lid 1 aanhef en sub f BW heeft afgegeven voor de schulden van Kinderopvang SKAR.

3.3. SKAR B.V. c.s. voert verweer.

3.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

in reconventie

3.5. SKAR B.V. c.s. vordert samengevat – een verklaring voor recht dat de gelegde beslagen onrechtmatig zijn en vordert opheffing van de beslagen. Tevens vordert zij veroordeling van Netdata tot vergoeding van de schade die zij als gevolg van het onrechtmatig beslag heeft geleden, nader op te maken bij staat. SKAR B.V. c.s. vordert daarbij veroordeling van Netdata tot betaling van € 300.000,- als voorschot op die schadevergoeding. Tot slot vordert zij een proceskostenveroordeling.

3.6. Netdata voert verweer.

3.7. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4De beoordeling in conventie

4.1. Centrale vraag in conventie is of de samenwerkingsovereenkomst en de deelopovereenkomsten tot stand zijn gekomen, en zo ja, tussen welke

partijen. Netdata stelt dat er tussen haar en Kinderopvang SKAR een samenwerkingsovereenkomst en deelovereenkomsten tot stand zijn gekomen door gunning. SKAR B.V. c.s. betwist dat; zij voert aan dat er van definitieve gunning geen sprake is en dat bovendien niet Kinderopvang SKAR, maar de Stichting de beoogde contractspartij van Netdata was. De rechtbank zal eerst de vraag beantwoorden of er overeenkomsten tot stand zijn gekomen. Daarbij komt tevens de vraag aan de orde of er sprake was van een (ingeroepen) voorbehoud.

4.2. Ter onderbouwing van haar stelling dat er overeenkomsten tot stand zijn gekomen verwijst Netdata na het besprokene op 19 oktober 2012 en de e-mails die daarna zijn gewisseld. Daarnaast wijst ze op de contractbespreking op 29 november 2012 en de e-mailwisseling die daarop volgde en hiervoor is geciteerd onder 2.14. en 2.15. Volgens haar staat op grond van die e-mails vast dat er overeenstemming is bereikt over de inhoud van de overeenkomsten en mocht zij er op grond van dat gegeven gerechtvaardigd op vertrouwen dat er sprake was van definitieve gunning.

4.3. SKAR B.V. c.s. heeft gewezen op voorbehouden zoals de passage in het aanbestedingsdocument zoals hiervoor geciteerd onder 2.4. SKAR B.V. c.s. heeft verder aangevoerd dat de Stichting al vrij snel na inhoudelijke afstemming van de contracten aan Netdata heeft laten weten de overeenkomsten niet te ondertekenen omdat er nog geen beslissing was genomen tot een definitieve gunning. Netdata werd verzocht die beslissing, te nemen door [bestuurder van de stichting], af te wachten. Dit zou [gevolgmachtigde van SKAR] telefonisch aan Netdata hebben voorgehouden na ontvangst van het gespreksverslag van de bespreking van 7 maart 2013. Ook voert SKAR B.V. c.s. aan dat na gemaakte afwegingen de Stichting heeft afgezien van een definitieve gunning.

4.4. Netdata voert aan dat het voorbehoud in het aanbestedingsdocument niet meer opgaat, omdat zij ervan heeft mogen uitgaan dat er definitief gegund was, op basis van het hiervoor onder 4.2. omschrevene. Zij wijst er daarbij op dat in het aanbestedingsdocument niet is omschreven op welk moment sprake zou zijn van definitieve gunning. Netdata heeft erkend dat zij in december 2012 bericht heeft ontvangen dat de ondertekening niet zou plaatsvinden in afwachting van een mogelijke fusie. Netdata betwist echter dat iemand

haar heeft laten weten dat de overeenkomsten niet zouden worden ondertekend in afwachting van een beslissing over de definitieve gunning door [bestuurder van de stichting]. Zij voert aan niet eerder dan op 23 september 2014 te hebben vernomen dat de opdracht van de baan was (zie hiervoor onder 2.22).

4.5. Het gaat hier om een informele aanbesteding. Uiteindelijk is dat niet meer dan een regulering voor het totstandkomingsproces. Het zet het normale overeenkomstenrecht niet opzij. Na de voorlopige gunning zijn partijen in concrete onderhandelingen getreden en is overeenstemming bereikt over de inhoud van de overeenkomsten. Dan is de overeenkomst normaliter rond en zal er – om in de woorden van de aanbesteding te blijven – “definitief gegund” moeten worden. De vraag in deze zaak is of het voorbehoud in de aanbestedingsvoorwaarden de aanbesteder de ruimte geeft zich daarna nog terug te trekken. 4.6. Op zichzelf staat zo'n voorbehoud enigszins op gespannen voet met het karakter van een aanbesteding: daarmee beoogt de aanbesteder – die pretendeert een vraag te hebben – immers een contractspartij te selecteren. Degenen die inschrijven maken daarvoor ook kosten. Tegen die achtergrond past hier een terughoudende toets van het voorbehoud uit het aanbestedingsdocument. Aangenomen dat het als zodanig kan, zal een beroep daarop in ieder geval moeten geschieden onmiddellijk nadat de onderhandelingen zijn afgerond en onder naleving van de zelf opgelegde verplichting om het afzien van definitieve gunning schriftelijk mede te delen.

4.7. SKAR B.V. c.s. heeft niet eerder dan ter zitting gesteld dat Netdata vóór de bespreking van 7 maart 2013, althans februari 2013, is meegedeeld dat de overeenkomsten niet zouden worden ondertekend in afwachting van een beslissing over de definitieve gunning. Ter zitting is aangevoerd dat het rond 19 oktober 2012 moet zijn geweest dat door [gevolgmachtigde van SKAR] aan Netdata is gezegd: [bestuurder van de stichting] beslist. De rechtbank zal SKAR B.V. c.s. echter houden aan de door haar eerder in haar processtukken ingenomen stellingen, nu de stelling dat het al rond 19 oktober 2012 aan Netdata is medegedeeld volstrekt niet is onderbouwd en daarvoor ook geen aanknopingspunten zijn te vinden in de schriftelijke verklaring d.d. 12 februari 2015 van

[gevolgmachtigde van SKAR] zelf die door SKAR B.V. c.s. bij conclusie van antwoord is overgelegd. Hij verklaart immers:

De afspraak tussen M&I Partners en SKAR was duidelijk, en ook voor wat betreft het bepalen van het voortgangstraject. M&I Partners trok dit traject. Vanaf het begin van deze samenwerking is vanuit SKAR (en dan met name door mij) duidelijk gemaakt, dat niemand anders dan de directeur / bestuurder van SKAR (in de persoon van [bestuurder van de stichting]) uiteindelijk het definitieve besluit zou nemen voor wat betreft het definitief akkoord gaan met het door Netdata op dat moment nog te maken voorstel voor samenwerking op ICT gebied.

Deze voorbehouden zijn echter volgens mijn informatie niet schriftelijk gemeld richting M&I Partners, noch richting Netdata. Het is mij niet bekend in hoeverre M&I Partners dit voorbehoud heeft gemeld richting Netdata.

Gelet op het voorgaande komt de rechtbank op dit punt niet toe aan bewijslevering en moet het ervoor worden gehouden dat niet vóór 7 maart 2013, althans februari 2013, is gecommuniceerd dat de overeenkomsten niet zouden worden ondertekend in afwachting van een beslissing over de definitieve gunning. Dat is te laat. Daar komt nog bij dat SKAR B.V. c.s. niet heeft voldaan aan haar eigen voorwaarde dat het afzien van gunning schriftelijk diende te gebeuren.

4.8. De rechtbank is van oordeel dat gelet op de feiten en omstandigheden Netdata er in december 2012 gerechtvaardigd op heeft mogen vertrouwen dat het project haar definitief gegund was en dat er een overeenkomst tot stand was gekomen. Immers:

- sinds de voorlopige gunning hadden partijen intensief contact over de uitwerking;
- de tekst van de overeenkomst was definitief en bevatte alle essentialia;
- tijdens de onderhandelingsperiode is het voorbehoud van definitieve gunning uit het aanbestedingsdocument geen onderwerp van gesprek geweest;
- in december 2012 is enkel gezegd dat ondertekening werd uitgesteld in verband met een mogelijke fusie, maar toen is geen voorbehoud gemaakt in verband met definitieve gunning;
- de definitieve gunning was vormvrij en in het aanbestedingsdocument stond niet aangegeven op welk moment sprake zou zijn van definitieve gunning, anders dan in de bijlage bij dat docu-

ment gegeven voorlopige planning die spreekt van 19 juni - kennelijk 2012 - als voorlopige datum van definitieve gunning. Deze datum was inmiddels verstreken.

Contractspartijen

4.9. Vervolgens komt de rechtbank toe aan de vraag wie contractspartij was van Netdata; Kinderopvang SKAR zoals zij zelf stelt of de Stichting zoals SKAR B.V. c.s. aanvoert.

4.10. Netdata meent dat Kinderopvang SKAR haar contractspartij was ten aanzien van de samenwerkingsovereenkomst en de deellovereenkomsten. Zij baseert dit op de navolgende feiten en omstandigheden:

- [gevolgmachtigde van SKAR] was degene die de onderhandelingen voerde en hij was werkzaam bij Kinderopvang SKAR;
 - [gevolgmachtigde van SKAR] heeft op 21 oktober 2012 de advocaat bericht dat "Kinderopvang SKAR" een nieuwe infrastructuur in gebruik zou nemen;
 - de serviceovereenkomst is gesloten door Kinderopvang SKAR en die overeenkomst voortvloeide uit het (nog) niet van start gaan van de samenwerking;
 - de facturen voor de hostingovereenkomst zijn betaald door Kinderopvang SKAR.
- Netdata stelt dat de stichting waarschijnlijk als opdrachtgever is genoemd omdat de Stichting, kennelijk als vertegenwoordiger van SKAR, destijds de (informele) aanbesteding had uitgeschreven.

4.11. SKAR B.V. c.s. betwist dat Kinderopvang SKAR de contractspartij van Netdata voor de samenwerkingsovereenkomst was. Volgens haar is dit de Stichting. Zij wijst erop dat:

- de Stichting de aanbesteding heeft uitgeschreven,
- de Stichting in de samenwerkingsovereenkomst en deellovereenkomsten staat vermeld als opdrachtgever.

SKAR B.V. c.s. heeft ter zitting erkend dat [gevolgmachtigde van SKAR] geen rol heeft binnen de Stichting.

4.12. Feit is, zoals wel uit het geschil op dit punt blijkt, dat de namen van betrokkenen tot verwarring kunnen leiden. De volledige naam van de Stichting: Stichting Kinderopvang Arnhem en Regio wordt regelmatig afgekort tot SKAR en deze afkorting maakt weer deel uit van de statutaire namen van gedaagden.

4.13. Op het voorblad van het aanbestedingsdocument staat:

ICT infrastructuur SKAR

Kinderopvang SKAR

(...)

Oplegdocument voor het bestek van de aanbesteding van ICT infrastructuur voor Stichting Kinderopvang Arnhem Regio.

In de inleiding van het aanbestedingsdocument staat, voor zover relevant:

Het huidige SKAR bestaat uit een fusie tussen SKAR en Kwink en omvat uit zo'n 161 locaties waarop Kinderopvang en Buitenschoolse opvang worden geboden. De omgeving van SKAR behoorlijk in beweging en zal dat de komende jaren ook zeker zo blijven. De huidige ICT infrastructuur is verouderd, en voldoet niet meer (...)

In het programma van eisen wordt geschreven over de hoofdlocaties enerzijds en de buitenlocaties anderzijds. Het geeft een beschrijving van de huidige situatie. Hierin staat, voor zover relevant: SKAR bestaat uit een hoofdlocatie op het Gele Rijdersplein in Arnhem waar de stafafdelingen zijn geplaatst, en zo'n 166 buitenlocaties op 121 adressen waar de buitenschoolse opvang, tussenschoolse opvang en kinderdagverblijven zijn gevestigd.

En:

Bij SKAR zijn momenteel ongeveer 400 werkplekken in gebruik, verdeeld over alle locaties. Er zijn ongeveer 600 gebruikersaccounts beschikbaar die op de werkstations moeten kunnen inloggen.

Uit het uittreksel uit het handelsregister van Kinderopvang SKAR blijkt dat die vennootschap een groot aantal vestigingen heeft waar buitenschoolse opvang en/of kinderopvang plaatsvindt. De Stichting daarentegen heeft maar één adres en geen andere vestigingen. Hieruit leidt de rechtbank af dat hetgeen hiervoor uit de inleiding van het aanbestedingsdocument en uit het programma van eisen is geciteerd, wel betrekking moet hebben op Kinderopvang SKAR en niet op de Stichting. Van hetgeen op het voorblad staat lijken in ieder geval de eerste twee regels te slaan op Kinderopvang SKAR.

4.14. Ook de partijaanduiding in de samenwerkingsovereenkomst en deelovereenkomsten is niet eenduidig. Als opdrachtgever staat vermeld: "Stichting Kinderopvang Arnhem Regio, hierna te noemen "SKAR"". Doordat vermelding van de rechtsvorm - stichting of besloten vennootschap - ontbreekt, is niet duidelijk of bedoeld wordt op

de Stichting of op Kinderopvang SKAR. Vanwege de gelijkenis in de naam/afkorting, kan het elk van beide zijn.

4.15. Wat wel duidelijk is, is dat de aanbesteding bedoeld was voor de ICT infrastructuur voor de locaties en de hoofdvestiging van Kinderopvang SKAR. Dit volgt uit de inleiding van het aanbestedingsdocument, het programma van eisen en de inhoud van de samenwerkings- en deelovereenkomsten en dan met name uit de bijlage daarop waarop alle vestigingen staat opgesomd. Bovendien mist de Stichting de benodigde eigenschappen voor het aangaan van de overeenkomst; de in de bijlage bij de overeenkomsten opgesomde vestigingen zijn geen vestigingen van haar en het waren die vestigingen waarvan de ICT infrastructuur werd aanbesteed. Dit gegeven plus de beschreven onduidelijkheid in de naamvoering, plus het feit dat [gevolgmachtigde van SKAR] de onderhandelingen heeft gevoerd terwijl hij werkzaam was voor Kinderopvang SKAR en geen functie bekleedde binnen de Stichting, én het feit dat [gevolgmachtigde van SKAR] zelf schrijft over het feit dat Kinderopvang SKAR een nieuwe infrastructuur in gebruik zou nemen, maakt dat Netdata er gerechtvaardigd op heeft mogen vertrouwen dat Kinderopvang SKAR haar contractspartij was bij de samenwerkingsovereenkomst en de deelovereenkomsten. Hetgeen SKAR B.V. c.s. daar tegenin heeft gebracht, legt onvoldoende gewicht in de schaal.

4.16. De conclusie is dat is vast komen te staan dat de samenwerkingsovereenkomst en de deelovereenkomsten tussen Netdata en Kinderopvang SKAR tot stand zijn gekomen. Door de opzegging is Kinderopvang SKAR schadelijk geworden jegens Netdata. Op grond van de verklaring ex artikel 2:403 lid 1 aanhef en sub f BW is SKAR Groep naast Kinderopvang SKAR hoofdelijk aansprakelijk voor deze schade.

Omvang schade

4.17. Netdata heeft een berekening van haar schade overgelegd. Zij is daarbij uitgegaan van een marge van 50% op de eenmalige kosten en een marge van 75% op de maandelijkse kosten.

4.18. SKAR B.V. c.s. heeft de omvang van de schade bestreden. Zij voert aan dat ze de door Netdata overgelegde berekening niet kan controleren en dat de genoemde marges en winst niet onderbouwd zijn. Zij betwist dat Netdata drie medewerkers voor dit project heeft aangenomen althans dat dit gerechtvaardigd is en dat die mede-

werkers niet volledig anderszins inzetbaar zijn geweest of konden zijn. Ook de kosten voor de leaseauto's bestrijdt zij. SKAR B.V. c.s. bestrijdt daarnaast de juistheid van de inhoud van bijlagen G, H, J en K. Zij voert aan dat de door de directieleden van Netdata gemaakte kosten voor tijdsbesteding niet voor vergoeding in aanmerking komen en bestrijdt tevens de omvang en duur van hun inzet alsmede het gekozen uurtarief van € 75,-. De gevorderde schadevergoeding ter zake een kickback fee van 8% dient te worden afgewezen, aldus SKAR B.V. c.s. Ook ontbreekt de onderbouwing ter zake de kosten van een contract met Telecty 5. Tot slot houdt Netdata ten onrechte geen rekening met de betaling van een factuur ad € 1.210,- op 16 februari 2015 en de betaalde bedragen ad € 7.614,95 en € 4.262,89.

4.19. Ter nadere onderbouwing van haar schade heeft Netdata bij de conclusie van antwoord in reconventie een door Wingman Business Valuation B.V. (hierna: Wingman) opgesteld rapport ingebracht. Tijdens de comparitie heeft SKAR B.V. c.s. verklaard haar bezwaren tegen de schadeberekening te handhaven, nu het rapport van Wingman steunt op dezelfde onjuiste / niet verifieerbare gegevens als de eerdere berekening. Tevens heeft SKAR B.V. c.s. aangeboden haar stellingen met een tegenrapport te onderbouwen en zij verzoekt de rechtbank haar daartoe in de gelegenheid te stellen, nu het rapport van Wingman pas kort voor de zitting is ingebracht.

4.20. Daarnaast voert SKAR B.V. c.s. aan dat Netdata ten onrechte is uitgegaan van een duur van de overeenkomst(en) van 72 maanden. Zij wijst erop dat in artikel 3.3 van de samenwerkingsovereenkomsten en in de deelovereenkomsten is bepaald dat een proeftijd van 18 maanden zou gelden.

4.21. Ten aanzien van de duur van de overeenkomst geldt dat Netdata op zijn minst de kans is ontnomen op een overeenkomst met een duur van 72 maanden. Dit verlies van een kans is een vorm van vermogensschade.

4.22. In het vorenstaande ziet de rechtbank aanleiding op partijen de gelegenheid te geven zich uit te laten over de omvang van de schade. Ook wordt partijen verzocht in te gaan op hetgeen in de samenwerkingsovereenkomst is bepaald over de duur en beëindiging van de overeenkomst en het verlies van een kans. SKAR B.V. c.s. zal in de gelegenheid worden gesteld, indien zij dat wenst, een

tegenrapport in het geding te brengen. Netdata zal vervolgens in de gelegenheid worden gesteld hierop te reageren. Indien partijen er de voorkeur aan geven dat de schade wordt berekend door een deskundige, kunnen zij zich vóór de aktewisseling gezamenlijk tot de rechtbank wenden met een eenparig voorstel betreffende de te benoemen deskundige. Het voorschot zal in dat geval door Netdata betaald dienen te worden.

De serviceovereenkomst

4.23. Netdata maakt voor wat betreft de serviceovereenkomst aanspraak op € 8.712,69. Zij stelt bij de berekening van dit bedrag te zijn uitgegaan van een marge van 75%. Volgens SKAR B.V. c.s. gaat de berekening van Netdata echter uit van een marge van 96% en is de onderbouwing onvoldoende. Zij betwist niet dat zij gehouden is de schade die Netdata als gevolg van de voortijdige opzegging heeft geleden, te vergoeden.

4.24. De resterende duur van de overeenkomst (uitgaande van een ingang per juli 2013 en een opzegging per 30 september 2014) bedraagt afgerond drie maanden. Partijen twisten over het hiervoor maandelijks verschuldigde tarief: volgens Netdata is € 3.075,- en volgens SKAR B.V. c.s. € 3.025,- exclusief btw verschuldigd. Ter zitting heeft Netdata gesteld dat het verschil het gevolg is van een indexatie, maar zij heeft nagelaten te onderbouwen wat de grondslag voor die indexatie is en dat SKAR B.V. c.s. hiermee heeft ingestemd, zodat de rechtbank bij de berekening van de schade zal uitgaan van het door SKAR B.V. c.s. erkende tarief.

4.25. De rechtbank zal de schade als gevolg van de opzegging van de serviceovereenkomst schatten nu deze niet nauwkeurig kan worden vastgesteld. De rechtbank schat de schade op 60% van de te behalen omzet ad (3 x € 3.025,-) = € 9.075,- en daarmee op € 5.445,-. Dit bedrag zal bij het te wijzen eindvonnis worden toegewezen.

De hostingovereenkomst

4.26. Netdata maakt ten aanzien van deze overeenkomst aanspraak op een vergoeding ad € 75.567,84 en stelt daarbij uit te gaan van een marge van 75% en een maandelijks tarief ad € 2.512,- exclusief btw. SKAR B.V. c.s. bestrijdt de marge, volgens haar berekening gaat Netdata uit van een marge van 94%. SKAR B.V. c.s. betwist niet dat zij gehouden is de schade die Netdata als gevolg van de voortijdige opzegging heeft geleden, te vergoeden en erkent het door Netdata gestelde tarief.

4.27. Ook over de resterende duur van de overeenkomst zijn partijen in geschil. Volgens Netdata bedraagt deze nog 32 maanden (uitgaande van ingang per oplevering van de datacenters in juni 2014) en volgens SKAR B.V. c.s. bedraagt deze nog 27 maanden (uitgaande van ultimo december 2013 als ingangsdatum). Nu gesteld noch gebleken is waarom voor deze overeenkomst als ingangsdatum dient te gelden de dag van oplevering van de datacenters, zal de rechtbank uitgaan van de ingang per ultimo december 2013 en daarmee van een resterende duur van 27 maanden.

4.28. De rechtbank zal de schade als gevolg van de opzegging van de hostingovereenkomst schatten nu deze niet nauwkeurig kan worden vastgesteld. De rechtbank gaat daarbij gelet op de aard van de werkzaamheden uit van een hogere marge dan bij de serviceovereenkomst, namelijk van een marge van 65%. Immers, bij een hostingovereenkomst zijn de personeelskosten geringer en zijn de ondernemersrisico's geringer. De schade bedraagt 65% van de te behalen omzet ad (27 x € 2.512,- =) € 67.824,- en daarmee € 44.085,60. Dit bedrag zal bij het te wijzen eindvonnis worden toegewezen.

De openstaande facturen

4.29. Eerst bij akte wijziging eis heeft Netdata betaling gevorderd van de openstaande facturen ad € 367,55 inclusief btw. Deze vordering is niet aan bod gekomen tijdens de comparitie. SKAR B.V. c.s. zal in haar akte ook op dit punt kunnen reageren.

in reconventie

4.30. De rechtbank zal iedere verdere beslissing aanhouden in afwachting van de beslissingen in conventie nu de vorderingen in reconventie hier nauw mee samenhangen.

5 De beslissing

De rechtbank

in conventie

5.1. bepaalt dat de zaak weer op de rol zal komen van **16 maart 2016** voor het nemen van een akte door SKAR B.V. c.s. over hetgeen is vermeld onder 4.22. en 4.29., waarna Netdata op de rol van vier weken daarna een antwoordakte kan nemen,

5.2. houdt iedere verdere beslissing aan,

in reconventie

5.3. houdt iedere verdere beslissing aan.

NOOT

Totstandkoming overeenkomst na een private aanbestedingen

Wanneer is een aanbod aanvaard?

Een overeenkomst komt tot stand door aanbod en aanvaarding daarvan (artikel 6:217 BW). Dit geldt ook voor overeenkomsten die zijn voorafgegaan door een aanbestedingsprocedure. Het aanbestedingsrecht zet het verbintenissenrecht immers niet opzij. Hoe een aanbod wordt aanvaard, regelt het verbintenissenrecht niet en is in uitgangspunt vormvrij. Het leerstuk van de wil en verklaring (artikel 3:33, 3:35 en 3:37 BW) zijn daarbij leidend.¹ De Hoge Raad heeft in zijn arrest *Batavus/Vriend's* aangenomen dat ook zonder specifieke aanvaardingsverklaring een overeenkomst tot stand kan komen.² Aanvaarding kan dus in uitgangspunt in elke vorm geschieden of besloten liggen in een of meer gedragingen.

De mededeling van een aanbesteder dat een in concurrentie uitgebracht aanbod als meest geschikt is beoordeeld, kan als verklaring worden aangemerkt van aanvaarding van dat aanbod. Op zich zou daarmee dus een (bindende) overeenkomst tot stand kunnen komen. Bij overheidsaanbestedingen is dat echter onwenselijk omdat daarmee effectieve rechtsbescherming tegen een gunningsbeslissing onmogelijk zou zijn.³ Na het mededelen van de gunningsbeslissing zal daarom eerst een opschortende termijn in acht moeten worden genomen voordat de met de gunningsbeslissing beoogde overeenkomst wordt gesloten. Om ongewenst opgewekt vertrouwen van de inschrijver aan wie de gunningsbeslissing is gericht te voorkomen, regelt artikel 2.129 Aw 2012 expliciet dat de mededeling van

1 Hoge Raad 21 december 2001, NJ 2002/60, r.o. 3.7.

2 Hoge Raad 16 september 2011, NJ 2011/572 (*Batavus/Vriend's*), r.o. 3.4.

3 Zie in dit kader Nota van Toelichting bij het Bao, artikel 55, waarin de regeling van artikel 55 Bao (thans 2.129 Aw 2012) noodzakelijk werd geacht om expliciet invulling te geven aan de eisen die voortvloeien uit onder meer HvJ EU, d.d. 28 oktober 1999, C-81/98 (*Alcatel*), r.o. 43.

de gunningsbeslissing geen aanvaarding van het aanbod inhoudt. Ook het aflopen van de opschortende termijn houdt geen aanvaarding van het aanbod in.⁴

Deze systematiek brengt mee dat na bekendmaking van de gunningsbeslissing er in ieder geval dus nog een (rechts)handeling nodig is om een overeenkomst tot stand te brengen. In de praktijk wordt daarom veelal de gunningsbeslissing als “voorlopig” gepresenteerd.⁵ Daadwerkelijke aanvaarding van het aanbod in de zin van artikel 6:217 BW vindt dan pas bij “definitieve gunning” plaats.⁶ Wanneer en in welke vorm deze “definitieve gunning” dient te geschieden, bepaalt de Aanbestedingswet 2012 niet. Wel schrijven een aantal veelgebruikte aanbestedingsreglementen voor dat opdrachtverlening geschiedt.⁷ Als een dergelijke voorwaarde is opgenomen, dan is de vervulling van die voorwaarde vereist om partij aan de overeenkomst te kunnen binden.⁸

In de onderhavige kwestie stond vast dat de samenwerkingsovereenkomst waarover partijen na mededeling van de “voorlopige” gunningsbeslissing hadden onderhandeld, niet was ondertekend. Dit, terwijl in de conceptovereenkomst was opgenomen dat deze pas “effectief” zou worden na ondertekening ervan door partijen. Betoogd zou kunnen worden dat daarmee aan het totstandkomingsvereiste niet was voldaan en dat partijen daarom nog niet aan de

overeenkomst waren gebonden. De rechtbank oordeelde echter in r.o. 4.8 dat de overeenkomst wel tot stand was gekomen. Het lijkt erop dat de rechtbank daarbij geen acht heeft geslagen op het totstandkomingsvereiste van ondertekening, maar bepalend heeft gevonden dat “definitieve gunning” had plaatsgevonden. Dat suggereert dat nog een onderscheid moet worden gemaakt tussen het moment van “definitieve gunning” en het moment van ondertekening van de overeenkomst. Dit onderscheid volgt niet uit het aanbestedingsrecht noch uit het privaatrecht, maar zou besloten kunnen liggen in de (uitleg van de) aanbestedingsstukken. Daarin wordt immers (blijkens het citaat in r.o. 2.4 van het vonnis) de term “Gunning” gebezigd. Het is echter zeer de vraag of de aanbesteder met de term “Gunning” een andere rechtshandeling heeft bedoeld dan de daadwerkelijke opdrachtverlening door het ondertekenen van de overeenkomst. De term “gunnen” staat immers synoniem voor “verlenen”.⁹

Afbreken aanbesteding nog mogelijk?

Relevant is voorts of een aanbesteder na bekendmaking van de (voorlopige) gunningsbeslissing nog de mogelijkheid heeft om af te zien van aanvaarding van het aanbod door de opdracht in het geheel niet op te dragen.

In de (talrijke) jurisprudentie over het afbreken van een (overheids-) aanbesteding, wordt steevast als uitgangspunt genomen dat op een aanbestedende dienst in beginsel geen rechtsplicht rust tot het sluiten van een overeenkomst.¹⁰ Daarbij wordt veelal gerefereerd aan het beginsel van contractsvrijheid. In zijn arrest *Croce Amica/AREU* heeft het HvJ EU bovendien bepaald dat de aanbestedende dienst niet slechts in uitzonderlijke gevallen van het plaatsen van een overheidsopdracht kan afzien en dat het besluit daartoe niet noodzakelijkerwijs op gewichtige redenen behoeft te berusten, zo-

4 Kamerstukken II 2009–2010, 32 440, nr. 3, pag. 94 (destijds artikel 2.128).

5 Strikt genomen is dat niet nodig, omdat uit de definitie van de gunningsbeslissing (artikel 1.1 Aw 2012) al volgt dat deze beslissing slechts de keuze behelst van de ondernemer met wie de aanbesteder voornemens is een overeenkomst te sluiten.

6 Jansen en Prent ‘Totstandkoming van overeenkomsten en afbreken van onderhandelingen in de context van een gereguleerde aanbestedingsprocedure’, MvV 2013, nr. 7/8, pag. 221.

7 Zie bijvoorbeeld artikel 2.375 Aanbestedingsreglement Werken 2016 (voorheen artikel 25 lid 2 UAR 2001); Artikel 18.10 ARB2016 biedt overigens weer meer ruimte.

8 Hoge Raad 4 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV6687 (*Vivare/Dura Vermeer*).

9 <http://synoniemen.net/index.php?zoekterm=gunnen>: “geven, schenken, toestaan, toewijzen, verlenen, verschaffen, wegschenken”.

10 Vzr. Den Haag 5 oktober 2016 ECLI:NL:RBDHA:2016:14439; Vzr. Overijssel 28 oktober 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:5228.

lang maar geen sprake is van willekeur.¹¹ Het HvJ EU heeft er in dat kader oog voor gehad dat een besluit tot intrekking van de aanbesteding kan zijn ingegeven door redenen die met name verband houden met de beoordeling of het uit een oogpunt van algemeen belang opportuun is om een aanbestedingsprocedure te voltooien, onder meer gelet op het feit dat de economische context of de feitelijke omstandigheden, dan wel de behoeften van de aanbestedende dienst zijn gewijzigd.

De enkele mededeling van een (voorlopige) gunningsbeslissing noopt naar onze mening niet tot meer terughoudendheid, zoals in de onderhavige zaak door de rechtbank is geoordeeld (r.o. 4.6). Ook niet wanneer partijen na het bekendmaken van dit gunningvoornemen vervolgens onderhandelen over de te sluiten overeenkomst. Dat geldt zeker wanneer – zoals in de onderhavige casus – in de aanbestedingsstukken het recht is voorbehouden in het geheel niet te gunnen en van dat recht geen afstand is gedaan.¹² Zolang geen definitieve opdrachtverlening heeft plaatsgevonden, is de aanbesteding immers niet afgerond en duurt de precontractuele fase voort. Een aanbesteder kan – daartoe gedwongen of op eigen initiatief – in dat stadium terugkomen op een eerder bekendgemaakt voornemen aan een inschrijver te gunnen. Na de mededeling van de gunningsbeslissing (of tijdens onderhandelingen) kunnen zich ook net zo goed omstandigheden voordoen waarop het HvJ EU in het Croce Amica/AREU-arrest heeft geoordeeld, als voor die mededeling.

Dit neemt niet weg dat een (overheids)aanbesteder op vordering van een inschrijver wel kan worden verboden een opdracht opnieuw aan te besteden, zonder deze eerst wezenlijk te wijzi-

gen.¹³ Dat wordt in strijd geacht met het verbod op “leuren”.¹⁴ Voor private aanbesteders, zoals SKAR in de onderhavige casus, geldt dat verbod echter niet. In uitgangspunt gelden aanbestedingsrechtelijke beginselen voor private aanbesteders niet en genieten zij een verdergaande mate van contractsvrijheid.¹⁵ Voor private aanbesteders bestaat in beginsel, na het afbreken van een eerdere aanbesteding, geen verplichting voor dezelfde opdracht opnieuw een aanbestedingsprocedure te doorlopen.¹⁶

Aanspraken bij afbreken aanbesteding

De mogelijkheid van een aanbesteder een aanbod niet te aanvaarden en de aanbesteding af te breken, betekent niet per sé dat hij er zonder kleerscheuren van af komt. Het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen komt dan in beeld met het risico het positieve contractsbelang te moeten vergoeden. Het uitgangspunt is dan dat de aanbesteder in beginsel vrij is om terug te komen op zijn voornemen tot het sluiten van een overeenkomst, tenzij dat op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen van de winnende inschrijver in het tot stand komen van de overeenkomst of in verband met de andere omstandigheden van het geval onaanvaardbaar zou zijn.¹⁷

Volgens het arrest CBB/JPO moet daarbij een strenge en tot terughoudendheid nopende maatstaf in acht worden genomen.¹⁸ Oftewel:

11 HvJ EU 11 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2435 (Croce Amica/AREU).

12 Zie ook: C.E.C. Jansen, De aanbestedingsovereenkomst. Aanbesteden in verbintenisrechtelijk perspectief, Preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht, Den Haag: Sdu 2009, p. 87 en HR24 november 1995, ECLI:NL:1995:ZC1890 (Van Engen/Mirror Group).

13 Vrz. Rotterdam 05 augustus 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BD9330, TBR 2009, 19, Vrz. Den Haag 4 augustus 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BD9379, TBR 2009, 18, m.nt. G.J. Huith.

14 Vrz. Rb. Den Haag 9 juli 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BN1217, r.o. 4.11.

15 HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2900 (KLM/CCC).

16 Gerechtshof 's-Gravenhage, 30 september 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3028, «JAAN» 2014/213, m.nt. mr. ir. M.B. Klijn en mr. dr. P. Heijnsbroek en mr. M.C. Pinto.

17 C.E.C. Jansen en S. Prent 'Totstandkoming van overeenkomsten en afbreken van onderhandelingen in de context van een gereguleerde aanbestedingsprocedure', MvV 2013, nr. 7/8, pag. 221.

18 HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7337, r.o. 3.7.

er zal niet snel sprake zijn van een zodanig opgewekt vertrouwen dat het onaanvaardbaar is de onderhandelingen af te breken. Hierbij kan ook van belang zijn of zich in de loop van de onderhandelingen onvoorziene omstandigheden hebben voorgedaan die het afbreken ervan rechtvaardigen.¹⁹ Het vertrouwen moet bovendien aanwezig zijn op het moment van afbreken.²⁰ Wij zien overigens niet in, waarom dat vertrouwen eerder aanwezig zou zijn in het geval van een overheidsaanbesteding dan bij precontractuele fase tussen private partijen. Temeer niet, indien de aanbestedder zich in aanbestedingsstukken het recht heeft voorbehouden af te zien van opdrachtverlening.²¹

Uit jurisprudentie volgen een aantal gezichtspunten aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of het opgewekte vertrouwen ook daadwerkelijk gerechtvaardigd was. Het verkrijgen van overeenstemming over de essentialia van de overeenkomst is een belangrijke voorwaarde voor totstandkomingsvertrouwen.²² Maar dat is niet bepalend. Zeker niet wanneer de aanbestedder expliciet totstandkomingsvoorbehouden heeft opgenomen, zoals bijvoorbeeld het ondertekeningsvoorbehoud dat in veel aanbestedingsreglementen is opgenomen, en waarin ook in de onderhavige (concept) samenwerkingsovereenkomst was voorzien. Relevant is voorts of overeenstemming is bereikt met de persoon die de overeenkomst moet ondertekenen. Dat zal in de meeste gevallen niet de begeleider van de aanbesteding zijn, maar – bij private partijen – de vertegenwoordiger van de contracterende vennootschap. Uit het vonnis blijkt niet of ook SKAR instemde met (de laatste) wijzigingen.

In de onderhavige casus staat vast dat ondertekening van de samenwerkingsovereenkomst is uitgebleven in afwachting van een mogelijke fusie. De vraag rijst of een dergelijke omstandigheid niet rechtvaardigt dat de onderhandelingen worden afgebroken, zoals bedoeld in het arrest De Ruijterij/MBO-Ruiters.²³ Bovendien rijst de vraag of nog gerechtvaardigd vertrouwen bestond dat haar aanbod “definitief” zou worden aanvaard, vanaf het moment dat zij met die omstandigheid bekend werd. Uit het tussenvonnis blijkt niet in hoeverre deze punten onderdeel zijn geweest van het partijdebat, nu de rechtbank het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen niet heeft toegepast, maar is uitgegaan van een bindende overeenkomst. Het geeft echter wel te denken dat Netdata in rechte geen opdrachtverlening heeft afgedwongen en evenmin nakoming heeft gevorderd.

Conclusie en enkele vuistregels voor de praktijk
De gepubliceerde uitspraak toont aan dat niet altijd duidelijk is wanneer een overeenkomst tot stand komt die door een aanbesteding is voorafgegaan. De aanbestedder die zich het recht wenst voor te behouden tot het moment van ondertekening van de overeenkomst daarvan nog te kunnen afzien, doet er goed aan dat voorbehoud expliciet in de aanbestedingsvoorwaarden op te nemen. Daarmee voorkomt hij dat het (gerechtvaardigd) vertrouwen wordt gewekt dat ook zonder ondertekening opdracht is verleend.

G.J. Huith,
advocaat bij Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn

M.R. van Rijckevorsel,
advocaat bij Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn

-
- 19 HR 14 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2105 (De Ruijterij/MBO-Ruiters).
20 HR 4 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2158 (ABB/de Staat).
21 C.E.C. Jansen, De aanbestedingsovereenkomst. Aanbesteden in verbintenisrechtelijk perspectief, Preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht, Den Haag: Sdu 2009, p. 88.
22 M.R. Ruygvoorn, afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden (diss), Deventer-Kluwer: 2009, pag. 112.

-
- 23 HR 14 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2105 (De Ruijterij/MBO-Ruiters).

117

Rechtbank Oost-Brabant
22 maart 2017, nr. C/01/314242/HA ZA 16-700,
ECLI:NL:RBOBR:2017:1580
(mr. Adang)

Afgifte van stukken. Aansprakelijkheid. Procesrecht.

[Rv art. 843a]

De beoordeling in het incident ex artikel 843a Rv tussen PTRM en Veolia

De hoofdzaak gaat in de kern om de gang van zaken rond de openbare aanbesteding voor het openbaar vervoer in de provincie Limburg voor de periode 2016-2031. De provincie heeft die aanbesteding op 26 juni 2014 uitgeschreven, waarna Veolia, NS c.s. en Arriva op de aanbesteding hebben ingeschreven.

De provincie heeft de concessie in eerste instantie gegund aan NS c.s. Na een onderzoek door de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) is deze gunning aan NS c.s. vervolgens ingetrokken. De provincie heeft daarna gegund aan Arriva, waarna Veolia bestuursrechtelijke rechtsmiddelen heeft ingezet tegen deze gunningsbeslissing en tegen het besluit van de provincie om de inschrijving van Veolia niet te beoordelen. In april 2016 heeft Veolia met de provincie een schikking getroffen, in welk kader Veolia de lopende bestuursrechtelijke procedures rond deze aanbesteding heeft ingetrokken.

In de hoofdzaak formuleert Veolia een aantal vorderingen die verband houden met de schade die Veolia stelt te hebben geleden met betrekking tot deze aanbesteding door het handelen en/of nalaten van de gedaagde partijen.

PTRM vordert in dit incident op de voet van artikel 843a Rv dat Veolia wordt gelast tot het verstrekken van alle documenten die betrekking hebben op het door Veolia ingestelde bezwaar en beroep bij de Provincie Limburg tegen het besluit tot gunning aan Arriva en het besluit de aanbesteding van Veolia niet te beoordelen en op de medio april 2016 getroffen regeling met de Provincie Limburg, waarvan onderdeel uitmaakt het intrekken van de aanhangige beroepsprocedures.

De rechtbank stelt het volgende voorop. Een vordering als bedoeld in artikel 843a Rv is toewijsbaar indien aan een aantal cumulatieve voorwaarden is voldaan. Degene die de vordering instelt dient

een rechtmatig belang te hebben en het moet gaan om bepaalde bescheiden aangaande een rechtsbetrekking waarin de eiser of zijn rechtsvoorganger partij is, welke bescheiden de wederpartij te zijner beschikking of onder zijn berusting heeft. Ook indien aan deze voorwaarden voldaan is, bestaat toch geen gehoudenheid tot overlegging van de opgevraagde bescheiden, onder meer indien daarvoor gewichtige redenen bestaan of indien redelijkerwijs aangenomen kan worden dat een behoorlijke rechtsbedeling ook zonder verschaffing van de gevraagde gegevens is gewaarborgd. Naar het oordeel van de rechtbank heeft PTRM niet een rechtens te respecteren belang gesteld bij het gevorderde. PTRM legt niet, althans onvoldoende concreet uit waarom het in het onderhavige geschil voor haar relevant is te weten wat de overwegingen voor Veolia zijn geweest om de bezwaar- en/of beroepsprocedures tegen de Provincie in te trekken. Datzelfde geldt ten aanzien van de motivering van het uitsluiten van Veolia voor de aanbesteding en het gunnen van de aanbesteding aan Arriva. De rechtbank wijst het gevorderde af.

De beoordeling in het incident ex artikel 843a Rv tussen [gedaagde sub 1 in hoofdzaak] en Veolia [gedaagde sub 1 in hoofdzaak] vordert in dit incident op de voet van artikel 843a Rv dat Veolia wordt gelast tot het verstrekken van:

1. Het volledige ACM-dossier, meer specifiek de stukken die hebben geleid tot het besluit van de ACM van 6 maart 2015;
2. Het volledige dossier van het kort geding tussen Veolia en de Provincie Limburg;
3. Het volledige bezwaar- en beroepsdossier in de kwestie tussen Veolia en de Provincie Limburg;
4. Alle stukken die door Veolia aan de deskundige SEO ter hand zijn gesteld;
5. Alle informatie die door Veolia in de dagvaarding wordt benoemd als "de Gestolen Informatie".

De rechtbank overweegt als volgt. De beoordeling van deze incidentele vordering vindt plaats binnen de kaders die de rechtbank hiervoor heeft geschetst. [gedaagde sub 1 in hoofdzaak] dient onder meer een rechtmatig belang te hebben bij het gevorderde. In dat kader schieten de stellingen van [gedaagde sub 1 in hoofdzaak] tekort. De omstandigheid dat Veolia in de dagvaarding ter onderbouwing van feiten en vorderingen verwijst naar producties die zij niet heeft overgelegd, wat daar ook van zij, geeft [gedaagde sub 1 in hoofdzaak] niet het vereiste belang bij de gevorderde inzage in die documenten. [gedaagde sub 1 in hoofdzaak] kan immers niet op grond van artikel 843a Rv verlangen dat Veolia tot nadere onderbouwing van haar

stellingen wordt gedwongen. Voor het al dan niet nader onderbouwen van stellingen van een procespartij gelden immers de regels van het bewijsrecht. Ook overigens heeft [gedaagde sub 1 in hoofdzaak] onvoldoende gesteld om een belang bij inzage te kunnen aannemen. Zonder nadere toelichting – die [gedaagde sub 1 in hoofdzaak] niet heeft gegeven – valt niet in te zien waarom [gedaagde sub 1 in hoofdzaak] de gevorderde bescheiden nodig heeft om deugdelijk verweer te kunnen voeren. De rechtbank wijst het gevorderde af.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
 VEOLIA TRANSPORT NEDERLAND HOLDING B.V.,

gevestigd te Hilversum, eiseres in de hoofdzaak, verweerster in de incidenten, hierna te noemen Veolia,
 advocaat mr. L.E.J. Korsten te Amsterdam, tegen

1 [gedaagde sub 1 in hoofdzaak],
 wonende te Eindhoven, gedaagde in de hoofdzaak, eiser in het vrijwaringsincident en het incident op grond van artikel 843a Rv, hierna te noemen [gedaagde sub 1 in hoofdzaak]

,
 advocaat mr. J.L.G.M. Verwiel te Breda, en tegen

2. *de naamloze vennootschap*
 N.V. NEDERLANDSE SPOORWEGEN,
gevestigd te Utrecht,

3. *de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid*

NS REIZIGERS B.V.,
gevestigd te Utrecht,

4. *de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid*

ABELLIO TRANSPORT HOLDING B.V.,
gevestigd te Utrecht,

5. *de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid*

ABELLIO NEDERLAND B.V.,
gevestigd te Utrecht,

6. *de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid*

ABELLIO LIMBURG B.V.,
gevestigd te Amersfoort,

7. *de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid*

QBUZZ B.V.,
gevestigd te Amersfoort, gedaagden in de hoofdzaak,

eisers in het vrijwaringsincident, hierna gezamenlijk te noemen NS c.s. en waar nodig ieder afzonderlijk respectievelijk NS, NS Reizigers, Abellio Transport, Abellio Nederland, Abellio Limburg en Qbuzz,

advocaat mr. A. Knigge te Amsterdam, en tegen

8. *de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid*

PTRM GROEP B.V.,
gevestigd te Rhooon, gedaagde in de hoofdzaak, eiseres in het vrijwaringsincident en het incident op grond van artikel 843a Rv, hierna te noemen PTRM,
 advocaat mr. M.J. Mookhram te Heerlen.

De volledige uitspraak is te raadplegen op www.sdujurisprudentie.nl.

118

Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag
 17 januari 2017, nr. C/09/520620/KG ZA 16-1304,
 ECLI:NL:RBDHA:2017:2217
 (mr. Groeneveld-Stubbe)
 Noot mr. H.J. van der Horst

Clusterverbod. Level playing field. Non-discriminatiebeginsel. Kwalitatieve gunningscriteria. Technische specificaties. Motivering gunningsbeslissing. Afwijking van advies Commissie van Aanbestedingsexperts.

[Aanbestedingswet 2012 art. 1.5, 2.76, 2.75]

Op 28 juli 2016 heeft B een Europese openbare aanbestedingsprocedure aangekondigd voor de opdracht tot levering van leermiddelen en het aanbieden van onderwijsdiensten (hierna: de Opdracht). De Opdracht is onderverdeeld in twee percelen. Het eerste perceel betreft leermiddelen voor het vak biologie en het tweede perceel ziet op het vak wiskunde.

Bij e-mailberichten van 7 oktober 2016 heeft B aan A te kennen gegeven dat zij voornemens is om de Opdracht van perceel 1 aan C te gunnen en de Opdracht van perceel 2 aan D.

A heeft op 13 december 2016 een klacht ingediend bij de Commissie van Aanbestedingsexperts (CvAE).

Aanbestedingsprocedure discriminatoir

A heeft allereerst aangevoerd dat de keuze voor de indeling van de Opdracht in 2 percelen discriminatoir is. In perceel 1 wordt uitsluitend gevraagd naar het leermiddel "Biologie voor jou" van C en in perceel 2 wordt uitsluitend gevraagd naar het leermiddel "Getal en ruimte" van D. Door deze indeling in percelen moeten de desbetreffende uitgevers te allen tijde in staat zijn de economisch meest

voordelige inschrijving te doen nu zij de laagste kostprijs per leermiddel hebben. Daarmee zijn zij in staat om zich een voorsprong te verwerven op het gunningscriterium kortingspercentage. Nu ook de kwalitatieve gunningscriteria ten faveure van de desbetreffende uitgevers zijn, kan A zich op die (sub)gunningscriteria ten opzichte van de uitgevers niet revancheren.

Vooropgesteld wordt dat het opnemen van titels lesmethodes in het programma van eisen zonder de vermelding 'of gelijkwaardig' niet in strijd is met het bepaalde in artikel 2.76 lid 5 Aw 2012. Het opnemen van specifieke titels kan worden aangemerkt als het noemen van technische specificaties als bedoeld in artikel 2.75 Aw 2012 en is het uit het oogpunt van het tegengaan van ongerechtvaardigde belemmeringen in de mededinging zoals genoemd in artikel 2.75 lid 2 Aw 2012 niet nodig daarbij de vermelding 'of gelijkwaardig' te plaatsen.

Voorts heeft B terecht aangevoerd dat de Aw 2012 wel een verbod op clustering kent, maar niet een verbod om een opdracht in meerdere percelen onder te verdelen. B heeft de Opdracht in twee percelen opgedeeld om nieuwe partijen, te weten de uitgevers, in staat te stellen de markt te betreden.

Weliswaar stelt A, op zich terecht, dat het feit dat een aanbestedingsprocedure niet discriminatoir uitpakt niet altijd wil zeggen dat de aanbestedingsprocedure niet discriminatoir is, maar in het onderhavige geval kan uit het feit dat A op het onderdeel prijs de hoogste score heeft behaald, mede in het licht van hetgeen B ter verklaring daarvan heeft aangevoerd, niet anders worden afgeleid dan dat daarvan in het onderhavige geval geen sprake is. Ten aanzien van de stelling dat de kwalitatieve gunningscriteria discriminatoir zijn wordt overwogen dat A bezwaren tegen de deugdelijkheid van de kwalitatieve criteria tijdig voor de inschrijving bekend had moeten maken. Dat heeft A nagelaten. Door pas in de dagvaarding aan te geven welke bezwaren zij tegen de kwalitatieve gunningscriteria heeft, is zij te laat en zal aan deze bezwaren voorbij worden gegaan.

Gelet op al het voorgaande kan niet worden gezegd dat de Aanbestedingsprocedure discriminatoir is vanwege de wijze waarop de percelen zijn vorm gegeven en vanwege de kwalitatieve en financiële (sub) gunningscriteria.

Motivering gunningsbeslissing

In de gunningsbeslissingen heeft B aangegeven wat de totaalscore van A was en wat de totaalscore van de winnende inschrijver was. Verder heeft B

een motivering gegeven van die onderdelen van de offerte van A waarop lager werd gescoord dan de winnende offerte.

Naar het oordeel van de voorzieningenrechter voldoet deze motivering aan de daaraan te stellen eisen. Uit de motivering volgt voldoende duidelijk op welke wijze de beoordeling heeft plaatsgevonden en ook maakt de motivering het voor A mogelijk om te controleren of de beoordeling de (voorlopige) gunningsbeslissingen rechtvaardigt. B heeft niet de verplichting om aan te geven of en zo ja, in hoeverre een eventueel voordeel van de uitgevers de doorslag heeft gegeven.

Level playing field

A stelt dat de onbekendheid met de consumentenprijs van het leermiddel Biologie voor jou er toe leidt dat zij niet zelf kon bepalen hoe hoog de korting of opslag in de praktijk daadwerkelijk zou zijn. C daarentegen was wel bekend met de hoogte van de korting of opslag die zij kon bieden. Daardoor is van een level playing field geen sprake, met name niet nu C als uitgever bij deze aanbestedingsprocedure al in het voordeel was.

C heeft aangevoerd dat het niet noodzakelijk is dat de consumentenprijzen vooraf bekend zijn en dat in het verleden ook nooit voorafgaand aan iedere aanbestedingsprocedure het geval is geweest. De consumentenprijzen worden namelijk altijd slechts één maal per jaar gepubliceerd. Het is volgens C ook niet noodzakelijk dat de consumentenprijzen vooraf bekend zijn.

Gelet op hetgeen door C is aangevoerd acht de voorzieningenrechter het aannemelijk dat het voor A voor het bepalen van het door haar te offeren kortings/opslagpercentage niet noodzakelijk was dat zij bekend was met de consumentenprijs van het leermiddel Biologie voor jou. Dat kan voorts worden afgeleid uit het feit dat zij op het onderdeel prijsstelling voor perceel 1 een hogere score heeft behaald dan C. Van het ontbreken van een level playing field is naar het oordeel van de voorzieningenrechter geen sprake.

Dat de CvAE daar in haar advies anders over heeft geoordeeld doet aan het voorgaande niet af nu dit advies niet bindend is en C bij de totstandkoming van dit advies niet betrokken is geweest en dus ook geen verweer heeft kunnen voeren tegen de stellingen van A.

Conclusie

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de verdringen van A dienen te worden afgewezen.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[A],

zetelend en kantoorhoudende te [plaats 1], eiseres,

advocaten mrs. J.F. van Nouhuys en C.R.V. Lagendijk te Rotterdam,

tegen:

de Stichting [B],

gevestigd en kantoorhoudende te [plaats 2], gedaagde,

advocaat mr. H.A.A. Berendsen te Heerlen, waarin zijn tussengekomen:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[C],

statutair gevestigd en kantoorhoudende te [plaats 3],

advocaat mr. P.H.L.M. Kuypers te Breda.

en

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[D],

statutair gevestigd en kantoorhoudende wonende te [plaats 4],

advocaat mr. D.C. Orobio de Castro te Amsterdam,

Partijen worden hierna respectievelijk aangeduid als ' [A] ', ' [B] ', ' [C] ' en ' [D] '.

1 De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding met producties;
- de conclusie van antwoord, met producties;
- de door [B] ingediende aanvullende producties;
- de door [A] overgelegde aanvullende producties;
- de door [C] ingediende incidentele conclusie tot tussenkomst, althans voeging en de door [C] ingediende producties;
- de door [D] ingediende incidentele conclusie tot tussenkomst/voeging en de door [D] ingediende productie;
- de op 3 januari 2017 gehouden mondelinge behandeling, waarbij door alle partijen pleitnotities zijn overgelegd.

1.2. Ter zitting is vonnis bepaald op heden.

2 De incidenten

2.1. [C] en [D] hebben gevorderd te mogen tussenkomen in de procedure tussen [A] en [B]. Ter zitting hebben [A] en [B] verklaard geen bezwaar te hebben tegen de tussenkomst, met dien verstan-

de dat [A] heeft verzocht bepaalde door [B] in het geding gebrachte stukken die bedrijfsgevoelige informatie bevatten uit de processtukken te verwijderen, aan welk verzoek ter zitting is voldaan. [C] en [D] zijn vervolgens toegelaten als tussenkomende partij, aangezien zij aannemelijk hebben gemaakt dat zij daarbij voldoende belang hebben. Voorts is niet gebleken dat de toewijzing van de gevorderde tussenkomst in de weg staat aan de vereiste spoed bij dit kort geding en de goede procesorde in het algemeen.

3 De feiten

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

3.1. Op 28 juli 2016 heeft [B] een Europese openbare aanbestedingsprocedure aangekondigd voor de opdracht tot levering van leermiddelen en het aanbieden van onderwijsdiensten (hierna: de Opdracht). De Opdracht is onderverdeeld in twee percelen. Het eerste perceel betreft leermiddelen voor het vak biologie en het tweede perceel ziet op het vak wiskunde. Op de aanbestedingsprocedure is de Aanbestedingswet 2012 (Aw 2012) van toepassing. De aanbestedingsstukken bestaan uit een Offerteaanvraag en drie nota's van Inlichtingen.

3.2. In de Offerteaanvraag is onder meer het navolgende bepaald:

"1.2. Omvang van de aanbesteding

Deze aanbesteding betreft op de eerste plaats de levering van leermiddelen voor de lesmethode "Biologie voor jou" (gehele onderbouw) (perceel 1) en "Getal en ruimte" (klas 1 schooljaar 2017/2018 en klas 1 en 2 schooljaar 2018/2019) (perceel 2) voor zover de betreffende vaksectie in het schooljaar 2016/2017 gebruikt maakt van de betreffende lesmethoden (zie bijlage 1A, 1B en 1C voor het betreffende overzicht). Op de tweede plaats betreft deze aanbesteding het bieden van onderwijsdiensten welke gerelateerd zijn aan de levering van genoemde leermiddelen. Voor zover inschrijvers van mening zouden zijn dat de levering van leermiddelen in combinatie met het inkopen van deze onderwijsdiensten in strijd is met artikel 1.5. Aw 2012 (clusterverbod), merkt opdrachtgever op dat deze onderwijsdiensten gericht zijn op de doorontwikkeling en het personaliseren van de te leveren leermiddelen en daarmee onlosmakelijk verbonden zijn met de betreffende leermiddelen. Voor een nadere motivering wordt verwezen naar paragraaf 2.2. Lees ook rechtsoverweging 4.5.4. Vonnis Rechtbank

Zeeland-West-Brabant1 De fijndistributie van de leermiddelen in deze aanbesteding, voor zover sprake is van folio, is voor de schooljaren waar deze aanbesteding betrekking op heeft reeds gecontracteerd en maakt dus geen deel uit van deze aanbesteding.

1.3.

Percelen

De opdracht is verdeeld in 2 percelen. Perceel 1 betreft de lesmethode “Biologie voor jou” voor de onderbouwklassen van opdrachtgever met bijbehorende diensten. Perceel 2 betreft de lesmethode “Getal en ruimte” voor de klassen 1 van opdrachtgever voor het schooljaar 2017 / 2018 en de klassen 1 en 2 voor het schooljaar 2018 / 2019 met bijbehorende diensten. Voor beide percelen geldt dat deze aanbesteding alleen geldt voor de klassen van opdrachtgever die in het schooljaar 2016/2017 ook daadwerkelijk gebruik maken van de betreffende lesmethoden biologie voor jou en getal en ruimte. Zie voor een overzicht van deze klassen de bijlage 1A, 1B en 1C. Percelen worden separaat van elkaar gegund. Inschrijven is mogelijk voor beide percelen dan wel voor slechts 1 perceel. Voor elk perceel dient inschrijver dan ook een volledige offerte in te vullen en in te leveren (hoofdstuk 5 en 6).

(...)

4.2.

Inhoudelijke beoordeling

Beoordeling van de gunningscriteria gebeurt op de eerste plaats door beoordeling van de minimumeisen. Vervolgens vindt beoordeling plaats van de kwalitatieve vragen waarvoor inschrijver punten kan scoren. Bij deze beoordeling worden de antwoorden van de verschillende inschrijvers met elkaar vergeleken, waarna een beoordeling plaats vindt. Hierbij vindt op de eerste plaats een individuele beoordeling plaats. Nadat de beoordelaar het antwoord op de vraag van elke inschrijver heeft bestudeerd, geeft hij elke inschrijver een rapportcijfer. De beoordelaar kan kiezen uit de volgende scores:

Rapportcijfer 10	<i>Het antwoord wordt als uitstekend beoordeeld</i>
Rapportcijfer 8	<i>Het antwoord wordt als goed beoordeeld</i>
Rapportcijfer 6	<i>Het antwoord wordt als matig beoordeeld</i>
Rapportcijfer 4	<i>Het antwoord wordt als zeer onvoldoende beoordeeld</i>

3.3. Ten aanzien van de gehanteerde gunningscriteria is in hoofdstuk 6 van de Offerteaanvraag onder meer het navolgende opgenomen:

6.1

t/m 6.4

6.0.

Score-overzicht

6.1. Logistiek en beschikbaarheid	maximale score
wens 1 leveren aanvullende bestellingen	25
wens 2 leermiddelen ander niveaus	250
wens 3 inname leermiddelen	25
wens 4 werking digitale leermiddelen browsers	250
wens 5 directe beschikbaarheid digitale leermiddelen	250
wens 6 voorkomen niet-beschikbaarheid	25
Subtotaal	825
6.2. kwaliteit	
wens 1 invloed leermiddelen	250
wens 2 gepersonaliseerd leren	250
wens 3 bewaren historie	25
subtotaal	525
Totaal kwaliteit	1.350
6.4. prijsstelling	
wens 1 kortingspercentage	1.200
wens 2 verkoop leerboeken	150
Totaal prijs	1.350
Totaal prijs en kwaliteit	2.700

6.1.

Logistiek en beschikbaarheid

Minimumeisen		
Eis 1.	Garandeert inschrijver uitvoering te geven aan het gestelde in paragraaf 2.3. Levering leermiddelen?	Ja / Nee
Eis 2.	Garandeert inschrijver dat leermiddelen die niet conform paragraaf 2.3. Levering leermiddelen zijn besteld (aanvullende bestellingen), de folio leermiddelen uiterlijk 10 werkdagen na moment van bestelling worden geleverd op de aangegeven locatie en digitale leeridelen uiterlijk binnen 5 werkdagen na moment van bestelling aan de betreffende leerling beschikbaar worden gesteld?	Ja / Nee
Eis 3.	Inschrijver garandeert dat het opdrachtgever is toegestaan gebruik te maken van leermiddelen die afkomstig zijn van de niet-commerciële markt (bijvoorbeeld VO-content)?	Ja / Nee
Eis 4.	Opdrachtgever geeft geen garanties voor het aantal te bestellen lesmethoden en aantallen te bestellen leermiddelen. Inschrijver accepteert dit?	Ja / Nee
Eis 5.	Opdrachtgever maakt gebruik van het "LIFO- concept" zoals beschreven in hoofdstuk 2.2. Inschrijver garandeert leermiddelen overeenkomstig dit concept te leveren?	Ja / Nee
Eis 6.	Inschrijver garandeert dat bestelde digitale licenties overeenkomstig paragraaf 2.3., beschikbaar worden gesteld aan de betreffende leerlingen van opdrachtgever. Garandeert inschrijver dit?	Ja / Nee
Eis 7.	Inschrijver garandeert de Modelbewerkersovereenkomst zoals vastgesteld door PO- en VO- raad in het convenant privacy te tekenen indien de opdracht aan inschrijver wordt gegund?	Ja / Nee
Vragen met puntenwaardering		

Wens 1.	Overeenkomstig paragraaf 2.3. dient inschrijver aanvullende bestellingen betreffende folio leermiddelen binnen 15 werkdagen na moment van bestelling te leveren. Indien inschrijver deze leermiddelen binnen 10 werkdagen na moment van bestelling kan leveren ontvangt inschrijver hiervoor 25 punten. Garandeert inschrijver deze leermiddelen binnen 10 werkdagen te leveren?	Ja / Nee
Score wens 1. max. 25 punten	Ja scoort 25 punten Nee scoort 0 punten	
Wens 2.	Zodra de leerling van opdrachtgever een digitale licentie van een lesmethode bestelt, wenst opdrachtgever dat deze leerling ook over de andere niveaus van deze lesmethode kan beschikken (VMBO/HA-VO/VWO), zonder dat de leerling beperkt wordt in het gebruik van deze licentie. Inschrijver dient het aanbod toe te lichten. Hoe meer niveaus van de licentie worden geboden, zonder dat beperkingen in het gebruik worden gesteld hoe hoger de waardering. Toelichting als bijlage bijvoegen.	
Score wens 2. max. 250 punten	Voor de wijze van beoordeling wordt verwezen naar hoofdstuk 4.2. betreffende het onderdeel relatieve beoordeling.	

Wens 3.	Uitgangspunt van het gebruik van leermiddelen is dat alle leermiddelen verbruiksmateriaal zijn. Opdrachtgever garandeert dat door opdrachtnemer geleverde leermiddelen alleen aan de eigen leerlingen ter beschikking worden gesteld. Indien inschrijver dat wenst kunnen folio leermiddelen aan het einde van het schooljaar wel ingenomen worden door inschrijver. Hier zal opdrachtgever medewerking aan verlenen, waarbij opdrachtgever wel een werkwijze wenst die voor opdrachtgever tot zo min mogelijk werkbelasting leidt. Hoe minder werkbelasting wordt gegarandeerd voor opdrachtgever, hoe hoger de waardering. Toelichting als bijlage bijvoegen.
Score wens 3. max. 25 punten	Voor de wijze van beoordeling wordt verwezen naar hoofdstuk 4.2. betreffende het onderdeel relatieve beoordeling.

(...)

6.4.

Prijsstelling

Uitgangspunten prijsstelling:

- Inschrijver dient één kortingspercentage dan wel opslagpercentage te offrenen;
- De consumentenprijs van alle te leveren leermiddelen zowel digitaal als folio wordt verminderd met het geoffreerde kortingspercentage dan wel vermeerderd met het geoffreerde opslagpercentage;
- Indien de leerling de licentie niet opent is opdrachtgever geen kosten verschuldigd voor deze licentie;
- Voor zover inschrijver kosten in rekening wenst te brengen dient inschrijver deze kosten mee te nemen in het offrenen van het kortings- / opslagpercentage. Kosten worden niet separaat vergoed.

Vragen met knock out waardering		
Eis 1.	Inschrijver accepteert de bovenstaande uitgangspunten inzake prijsstelling en alhier uitvoering aan geven.	Ja / Nee
Vragen met punten waardering		
Wens 1.	Inschrijver dient het kortingspercentage te vermelden waarmee de consumentenprijs van alle leermiddelen wordt verminderd dan wel het opslagpercentage te vermelden waarmee de consumentenprijs van alle leermiddelen wordt verhoogd.	korting% opslag%
Wens 2.	Opdrachtgever wenst de leerboeken vermeld in bijlage 1A, 1B en 1C, te verkopen aan inschrijver voor één vast kooppercentage van de consumentenprijs per leerboek, ongeacht de periode dat het leerboek op de leermiddelenlijst staat. Het betreffen alleen de leerboeken van de lesmethode waar dit perceel betrekking op heeft. Inschrijver dient één vast kooppercentage te offrenen. %
Score wens 2. max 150 punten	Inschrijver met het hoogste kooppercentage ontvangt 150 punten. Overige inschrijvers ontvangen een score waarbij het geoffreerde kooppercentage van de inschrijver wordt gerelateerd aan het geoffreerde hoogste kooppercentage (met een maximum van 45%). Voorbeeld: inschrijver A offreert het hoogste kooppercentage van 45% en scoort 150 punten. Inschrijver B offreert een kooppercentage van 30% en scoort 30% / 45% * 150 punten = 100 punten. Ook indien het hoogste kooppercentage meer zou bedragen dan 45%, was de noemer in de breuk gemaximeerd op 45%.”	

3.4. Naar aanleiding van door potentiële inschrijvers gestelde vragen heeft [B] twee nota's van inlichtingen opgesteld. Hierin is onder meer uitvoerig ingegaan op de consumentenprijs in combinatie met de door de inschrijvers te hanteren kortings- en opslagcombinaties, of levering van leermiddelen in combinatie met het inkopen van deze onderwijsdiensten in strijd is met het clusterverbod van artikel 1.5 Aw 2012, of [C] en [D] als leverancier van de boeken in kwestie beoordeeld zijn ten opzichte van distributeurs van leermiddelen, of in voldoende mate een level playing field is gecreëerd en of [B] gehouden is alle betreffende ISBN-nummers kenbaar te maken van de titels die [B] wenst af te nemen. Daarbij is in zijn algemeenheid bezwaar gemaakt tegen de gunningscriteria genoemd in paragraaf 6.1, wens 2, 3, 4, 5, en 6 en tegen de gunningscriteria uit paragraaf 6.2, wens 1, 2 en 3 en de beoordelingssystematiek, alsmede tegen wens 1, opgenomen onder 6.4. Vervolgens is een derde nota van inlichtingen opgesteld waarin een aantal van de in de eerste twee nota's van inlichtingen besproken aspecten nader zijn besproken.

3.5. [A] heeft op 13 december 2016 een klacht ingediend bij de Commissie van Aanbestedingsexperts (CvAE).

3.6. Bij e-mailberichten van 7 oktober 2016 heeft [B] aan [A] te kennen gegeven dat zij voornemens is om de Opdracht van perceel 1 aan [C] te gunnen en de Opdracht van perceel 2 aan [D]. Hierin is ten aanzien van perceel 1 onder meer het navolgende aan [A] bericht:

“Op basis van de vastgestelde eisen en wensen en ontvangen offerten concludeert de Stichting dat het voornemen bestaat bovengemelde opdracht niet aan uw organisatie te gunnen maar aan [C] B.V (verder te noemen [C]).

Reden hiervoor is het feit dat uw offerte een lagere totaalscore behaalde dan de offerte van [C] B.V. Uw offerte scoorde 2.331 punten en de offerte van [C] scoorde 2.451 punten. Onderstaand treft u een overzicht aan van de scores voor de afzonderlijke onderdelen van uw organisatie en van [C]. Overeenkomstig artikel 2.130 Aanbestedingswet 2012 (Aw 2012) doe ik u onderstaand tevens een nadere motivering toekomen van de onderdelen van uw offerte waarop lager werd gescoord dan de offerte van [C].

Paragraaf 6.1 Logistiek en beschikbaarheid:

***Wens 2** [A] scoorde 210 punten en de winnende inschrijver scoorde 250 punten. 2 beoordelaars beoordeelden het antwoord van [A] als uitstekend en 7 beoordelaars beoordeelden het antwoord van [A] als goed. Terwijl het antwoord van [C] door alle beoordelaars als uitstekend werd gewaardeerd. Reden voor de lagere beoordeling voor [A] was het feit dat [C] expliciet alle niveaus 's binnen het onderwijs (inclusief een onderscheid binnen het VMBO) benoemt en de licentie voor alle niveaus garandeert. Dit nadrukkelijk noemen van alle niveaus (inclusief de verschillende VMBO niveaus) ontbreekt bij [A]. Daarnaast is het antwoord van [A] ook meer gericht op hetgeen de uitgever aanbiedt en minder op hetgeen [A] aanbiedt aan de Stichting.*

***Wens 6** [A] scoorde 11 punten en de winnende inschrijver scoorde 20 punten. 2 beoordelaars beoordeelden het antwoord van [A] als voldoende en 7 beoordelaars beoordeelden het antwoord van [A] als onvoldoende. Het antwoord van [C] werd door alle beoordelaars als goed gekwalificeerd. [C] maakt in haar antwoord, in tegenstelling tot [A], een duidelijk onderscheid in zaken die uitval van digitale licenties voorkomen en zaken gericht op herstel bij uitval. Verder blijkt uit het antwoord van [A] in tegenstelling tot [C], een afhankelijkheid richting derden bij het oplossen van problemen.*

Paragraaf 6.2 Communicatie

***Wens 1** [A] scoorde 100 punten en [C] scoorde 200 punten. Alle beoordelaars gaven het antwoord van [A] een onvoldoende en het antwoord van [C] de kwalificatie goed. [A] biedt 1 vorm van communicatie aan met vaksecties. [C] biedt 4 opties voor contact met vaksecties. Met name de mogelijkheid die [C] biedt om concept-methoden vooraf aan vaksecties aan te bieden wordt gewaardeerd door de beoordelaars. Verder wordt het directe contact met de auteur bij [C] gewaardeerd en biedt [A] minder garanties dat input van vaksecties zal doorwerken in de methoden.*

***Wens 2** [A] scoorde 150 punten en [C] scoorde 250 punten. De beoordelaars waren van mening dat het antwoord van [A] als voldoende werd gekwalificeerd en het antwoord van [C] als uitstekend werd gekwalificeerd. De onderwijskundige ondersteuning blijft bij [A] beperkt tot online trainingen. Hierbij is het bij het antwoord van [A] onvoldoende duidelijk op welke wijze de behoeften van de vaksecties worden geïnventariseerd. [C] gaat op een zeer intensieve wijze en op verschillende wijzen aan de slag met de vaksecties.*

Wens 3 [A] scoorde 10 punten en [C] scoorde 25 punten. De beoordelaars waren van mening dat het antwoord van [A] als onvoldoende werd gekwalificeerd en het antwoord van [C] als uitstekend werd gekwalificeerd. [A] laat in tegenstelling tot [C] na om een onderscheid te maken tussen docent en leerling. Daarbij garandeert [C] uitdrukkelijk voor docent en leerling de bewerkingen meerdere jaren te bewaren. [A] is hier minder stellig in door met name ook aan te geven dat een en ander in samenspraak met de uitgever dient te gebeuren. (...)

[B] Leermiddelen perceel 1		
6.1. Logistiek en beschikbaarheid	maximale score	[A]
wens 1	25	25,00
wens 2	250	210,00
wens 3	25	25,00
wens 4	250	250,00
wens 5	250	200,00
wens 6	25	11,00
subtotaal	825	721,00
6.2. Kwaliteit		
wens 1	250	100,00
wens 2	250	150,00
wens 3	25	10,00
subtotaal	525	260,00
Totaal kwaliteit	1350	981
6.4. prijsstelling		
wens 1	1200	1200,00
wens 2	150	150,00
Totaal prijs	1350	1350,00
score totaal	2700	2331,00”

Ten aanzien van perceel 2 heeft [B] onder meer het navolgende aan [A] meegedeeld:

“Op basis van de vastgestelde eisen en wensen en ontvangen offerten concludeert de Stichting dat het voornemen bestaat bovengemelde opdracht niet aan uw organisatie te gunnen maar aan [D] B.V (verder te noemen [D]).

Reden hiervoor is het feit dat uw offerte een lagere totaalscore behaalde dan de offerte van [D]. Uw offerte scoorde 2.263 punten en de offerte van [D] scoorde 2.419,50 punten. Onderstaand treft u een overzicht aan van de scores voor de afzonderlijke onderdelen van uw organisatie en van [D].

Overeenkomstig artikel 2.130 Aanbestedingswet 2012 (Aw 2012) doe ik u onderstaand tevens een nadere motivering toekomen van de onderdelen van uw offerte waarop lager werd gescoord dan de offerte van [D].

Paragraaf 6.1 Logistiek en beschikbaarheid:

Wens 6 [A] scoorde 11 punten en de winnende inschrijver scoorde 20 punten. 2 beoordelaars beoordeelden het antwoord van [A] als voldoende en 7 beoordelaars beoordeelden het antwoord van [A] als onvoldoende. Het antwoord van [D] werd door alle beoordelaars als goed gekwalificeerd. [D] maakt in haar antwoord een duidelijk onderscheid in zaken die uitval van digitale licenties voorkomen en zaken gericht op herstel bij uitval. Verder blijkt uit het antwoord van [A] in tegenstelling tot [D], een afhankelijkheid richting derden bij het oplossen van problemen.

Paragraaf 6.2 Communicatie

Wens 1 [A] scoorde 100 punten en [D] scoorde 150 punten. Alle beoordelaars gaven het antwoord van [A] een onvoldoende en het antwoord van [D] de kwalificatie voldoende. [A] biedt 1 vorm van communicatie aan met vaksecties. [D] biedt 3 opties voor contact met vaksecties. De beoordelaars waren van mening dat [D] met haar antwoord meer garantie biedt dat commentaar tot aanpassingen leidt van de lesmethode dan het antwoord van [A]. Een en ander blijkt met name uit het geboden contact met de makers van de lesmethode.

Wens 2 [A] scoorde 150 punten en [D] scoorde 250 punten. De beoordelaars waren van mening dat het antwoord van [A] als voldoende werd gekwalificeerd en het antwoord van [D] als uitstekend werd gekwalificeerd. De onderwijskundige ondersteuning blijft bij [A] beperkt tot online trainingen. Hierbij is het bij [A] onvoldoende duidelijk op welke wijze de behoeften van de vaksecties worden geïnventariseerd. Met name de verdiepingstrainingen van [D] werden door de beoordelaars zeer gewaardeerd.

Wens 3 [A] scoorde 10 punten en [D] scoorde 19,50 punten. De beoordelaars waren van mening dat het antwoord van [A] als onvoldoende werd gekwalificeerd en het antwoord van [D] door 8 beoordelaars als goed en door 1 beoordelaars als voldoende werd gekwalificeerd. [A] laat in tegenstelling tot [D] na om een onderscheid te maken tussen docent en leerling. Daarbij garandeert [D] voor docent en leerling de bewerkingen meerdere jaren te bewaren.

[A] is hier minder stellig in door met name ook aan te geven dat een en ander in samenspraak met de uitgever dient te gebeuren.

Paragraaf 6.4 Prijsstelling

Wens 1 [A] scoorde 1.092 punten en [D] scoorde 1.200 punten.

(...)

[B] Leermiddelen perceel 2		
6.1. Logistiek en beschikbaarheid	maximale score	[A]
wens 1	25	25,00
wens 2	250	250,00
wens 3	25	25,00
wens 4	250	250,00
wens 5	250	200,00
wens 6	25	11,00
subtotaal	825	761,00
6.2. Kwaliteit		
wens 1	250	100,00
wens 2	250	150,00
wens 3	25	10,00
subtotaal	525	260,00
Totaal kwaliteit	1350	1021
6.4. prijsstelling		
wens 1	1200	1092,00
wens 2	150	150,00
Totaal prijs	1350	1242,00
score totaal	2700	2263,00^b

3.7. Op 18 december 2016 heeft de CvAE advies uitgebracht. De CvAE heeft de klacht van [A] gegrond verklaard voor zover [A] stelt dat zij niet dezelfde gelijke kans krijgt op het verwerven van de raamovereenkomst met betrekking tot perceel 1 als de uitgever van de in dat perceel door [A] gekozen lesmethode voor biologie. Voor het overige heeft de CvAE de klacht ongegrond verklaard.

4 Het geschil

4.1. [A] vordert – zakelijk weergegeven –:

- primair: [B] te verbieden om tot gunning van de Opdracht van perceel 1 en perceel 2, althans de Opdracht van perceel 1 over te gaan, en voor zover [B] de Opdracht van perceel 1 en perceel 2, althans perceel 1 nog wenst te vergeven [B] te gebieden een aanbestedingsprocedure te initiëren die in overeenstemming is met de eisen die daaraan op grond van de Aw 2012 worden gesteld, met inachtneming van de in dit vonnis opgenomen aanwijzingen;

- subsidiair:

1) [B] te verbieden om tot gunning van de Opdracht van perceel 1 en perceel 2 over te gaan;

2) [B] te gebieden om de inschrijvingen opnieuw te (doen) beoordelen met gebruikmaking van een nieuwe beoordelingscommissie;

3) [B] te gebieden om op basis van die herbeoordeling nieuwe gunningsbeslissingen te nemen, deze afdoende te motiveren onder vermelding van een termijn voor rechtsbescherming van tenminste twintig dagen ingaande op de dag ná het uiten van de afdoende gemotiveerde gunningsbeslissing, opdat [A] kan verifiëren dat de uitkomst van de aanbestedingsprocedure jegens haar rechtmatig is;

4) [B] te gebieden om de in artikel 2.127 lid 1 Aw 2012 en artikel 2.131 Aw 2012 opgenomen standstill-termijnen in acht te nemen;

- meer subsidiair:

1) [B] te verbieden om tot gunning van de Opdracht van perceel 1 en perceel 2 over te gaan;

2) [B] te gebieden om de gunningsbeslissingen alsnog afdoende te motiveren onder vermelding van een termijn voor rechtsbescherming van tenminste twintig dagen ingaande op de dag na het uiten van de afdoende gemotiveerde gunningsbeslissing, opdat [A] kan verifiëren dat de uitkomst van de Aanbestedingsprocedure jegens haar rechtmatig is;

3) [B] te gebieden om de in artikel 2.127 lid 1 Aw 2012 en artikel 2.131 Aw 2012 opgenomen standstill-termijnen in acht te nemen;

een en ander op straffe van verbeurte van een dwangsom.

4.2. Daartoe voert [A] – kort samengevat – het volgende aan. De uitkomst van de Aanbestedingsprocedure levert jegens [A] een onrechtmatige daad op, aangezien deze in strijd is met de aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijkheid, non-discriminatie, transparantie en proportionaliteit.

4.3. [B], [C] en [D] voeren gemotiveerd verweer, dat hierna, voor zover nodig, zal worden besproken.

4.4. [C] vordert onder meer – zakelijk weergegeven – [B] te gebieden om uitvoering te geven aan haar gunningsvoornemen als verwoord in haar brief van 7 oktober 2016 en perceel 1 van de Opdracht definitief aan [C] te gunnen. [D] vordert onder meer – zakelijk weergegeven – [B] te gebieden om perceel 2 van de Opdracht aan [D] te gunnen en [A] te veroordelen te gehengen en te gedogen dat perceel 2 van de Opdracht definitief

aan [D] wordt gegund. Daartoe stellen [D] en [C] ieder voor zich dat zij er belang bij hebben dat de Opdracht definitief aan hun gegund wordt en derhalve bij afwijzing van de vorderingen van [A], nu die definitieve gunning daardoor in gevaar kan komen.

4.5. De door partijen over en weer ingenomen stellingen zullen hierna, voor zover nodig, worden besproken.

5 De beoordeling van het geschil

5.1. [A] legt aan haar vorderingen ten grondslag dat de uitkomst van de aanbestedingsprocedure jegens [A] onrechtmatig is, nu deze in strijd is met de beginselen van gelijkheid, non-discriminatie, transparantie en proportionaliteit.

De onrechtmatigheid valt uiteen in de volgende onderdelen:

1. de aanbestedingsprocedure is discriminatoir vanwege de wijze waarop de percelen zijn vorm gegeven en vanwege de kwalitatieve en financiële (sub) gunningscriteria;

2. de motivering van de gunningsbeslissingen kan op geen enkele wijze de uitkomst van de Aanbestedingsprocedure dragen, nu daaruit niet volgt dat het voordeel dat de uitgevers in de aanbestedingsprocedure hebben, niet de doorslag heeft gegeven;

3. er is geen sprake geweest van een voldoende level playing field voor wat betreft perceel 1 omdat de consumentenprijs van het leermiddel “Biologie voor jou” niet bekend is gemaakt terwijl de inschrijvers concurreren op het kortingspercentage waarmee de consumentenprijs van het leermiddel wordt verminderd.

Deze onderdelen zullen hieronder afzonderlijk worden besproken.

5.2. De aanbestedingsprocedure is discriminatoir vanwege de wijze waarop de percelen zijn vorm gegeven en vanwege de kwalitatieve en financiële (sub) gunningscriteria

5.2.1. [A] heeft allereerst aangevoerd dat de keuze voor de indeling van de Opdracht in 2 percelen discriminatoir is. In perceel 1 wordt uitsluitend gevraagd naar het leermiddel “Biologie voor jou” van [C] en in perceel 2 wordt uitsluitend gevraagd naar het leermiddel “Getal en ruimte” van [D]. Door deze indeling in percelen moeten de desbetreffende uitgevers te allen tijde in staat zijn de economisch meest voordelige inschrijving te doen nu zij de laagste kostprijs per leermiddel hebben. Daarmee zijn zij in staat om zich een voorsprong te verwerven op het gunningscriterium kortings-

percentage. Nu ook de kwalitatieve gunningscriteria ten faveure van de desbetreffende uitgevers zijn, kan [A] zich op die (sub)gunningscriteria ten opzichte van de uitgevers niet revancheren.

5.2.2. Vooropgesteld wordt dat het opnemen van titels lesmethodes in het programma van eisen zonder de vermelding ‘of gelijkwaardig’ niet in strijd is met het bepaalde in artikel 2.76, vijfde lid, Aw 2012. Immers, zoals ook de voorzieningenrechter Zeeland-West-Brabant in de uitspraak van 1 mei 2015 heeft overwogen, kan het opnemen van specifieke titels worden aangemerkt als het noemen van technische specificaties als bedoeld in artikel 2.75, Aw 2012 en is het uit het oogpunt van het tegengaan van ongerechtvaardigde belemmeringen in de mededinging zoals genoemd in artikel 2.75, tweede lid, Aw 2012 niet nodig daarbij de vermelding ‘of gelijkwaardig’ te plaatsen.

5.2.3. Voorts heeft [B] terecht aangevoerd dat de Aw 2012 wel een verbod op clustering kent, maar niet een verbod om een opdracht in meerdere percelen onder te verdelen. [B] heeft de Opdracht in twee percelen opgedeeld om nieuwe partijen, te weten de uitgevers, in staat te stellen de markt te betreden. Ter zitting is aangevoerd dat uitgevers niet in staat zijn om boeken van een andere uitgever te leveren, hetgeen de voorzieningenrechter niet onaannemelijk voorkomt en overigens ook onvoldoende is betwist, en door de Opdracht in percelen te verdelen zijn zij nu wel in staat geweest om op de Opdracht in te schrijven.

5.2.4. [A] heeft voorts gesteld dat de desbetreffende uitgevers in staat zijn om op het financiële gunningscriterium kortingspercentage een voorsprong te behalen nu zij de laagste kostprijs per leermiddel hebben waardoor zij de hoogste kortingspercentages aan kunnen bieden.

[B] heeft daartegen ingebracht dat dat niet per definitie het geval is, nu de uitgever als producent alle risico’s loopt bij het ontwikkelen van de leermiddelen en nu er in de Aanbestedingsprocedure niet alleen wordt gevraagd naar het sec leveren van leermiddelen maar ook naar een aantal diensten die verband houden met deze leermiddelen en die mee moeten worden genomen in de prijsbepaling. Deze diensten zullen door de distributeurs wellicht goedkoper kunnen worden geleverd, nu zij over een wijd vertakt netwerk van adviseurs beschikken. Dit standpunt komt de voorzieningenrechter niet onaannemelijk voor, met name niet nu vaststaat dat [A] op perceel 1 op het sub-

gunningscriterium prijs inderdaad een hogere score (en wel de hoogste score) heeft behaald dan [C] als uitgever.

5.2.5. Weliswaar stelt [A], op zich terecht, dat het feit dat een aanbestedingsprocedure niet discriminatoir uitpakt niet altijd wil zeggen dat de aanbestedingsprocedure niet discriminatoir is, maar in het onderhavige geval kan uit het feit dat [A] op het onderdeel prijs de hoogste score heeft behaald, mede in het licht van hetgeen [B] ter verklaring daarvan heeft aangevoerd, niet anders worden afgeleid dan dat daarvan in het onderhavige geval geen sprake is.

5.2.6. Ten aanzien van de stelling dat de kwalitatieve gunningscriteria discriminatoir zijn wordt het volgende overwogen. [D] heeft, als meest verstrekkende verweer, aangevoerd dat [A] daarmee een nieuw argument introduceert om te betogen dat zij een onoverbrugbare achterstand heeft. Dit bezwaar is pas in de dagvaarding gemaakt en niet al tijdens de aanbesteding.

Dit argument slaagt. Bezwaren tegen de deugdelijkheid van de kwalitatieve criteria had [A] tijdig voor de inschrijving moeten maken. Dat heeft [A] nagelaten. Weliswaar heeft zij bij vraag 35 van de eerste nota van inlichtingen gesteld:

“wij maken in zijn algemeenheid bezwaar tegen de gunningscriteria uit paragraaf 6.1, wens 2, 3, 4, 5 en 6 en tegen de gunningscriteria uit paragraaf 6.2., wens 1, 2, 3 en de beoordelingssystematiek”

maar dat is onvoldoende. [A] had daarbij aan dienen te geven waaruit haar bezwaren tegen deze gunningscriteria bestonden, zodat de aanbestedende dienst deze kon toetsen en eventueel, voor zover noodzakelijk, verbeteringen had kunnen aanbrengen in haar aanbesteding. Ook haar klacht bij de CvAE ziet niet op de kwalitatieve criteria maar uitsluitend op het criterium prijs, nu zij in de weergave van haar klacht inhoudelijk alleen ingaat op het subgunningscriterium kortingspercentage. Door pas in de dagvaarding aan te geven welke bezwaren zij tegen de kwalitatieve gunningscriteria heeft, is zij te laat en zal aan deze bezwaren voorbij worden gegaan.

5.2.7. Gelet op al het voorgaande kan niet worden gezegd dat de Aanbestedingsprocedure discriminatoir is vanwege de wijze waarop de percelen zijn vorm gegeven en vanwege de kwalitatieve en financiële (sub) gunningscriteria.

5.3. de motivering van de gunningsbeslissing kan de uitkomst van de Aanbestedingsprocedure niet dragen, nu daaruit niet volgt dat het voordeel dat de uitgevers in de aanbestedingsprocedure hebben, niet de doorslag heeft gegeven.

5.3.1. In de gunningsbeslissingen heeft [B] aangegeven wat de totaalscore van [A] was en wat de totaalscore van de winnende inschrijver was. Verder heeft [B] een motivering gegeven van die onderdelen van de offerte van [A] waarop lager werd gescoord dan de winnende offerte.

Naar het oordeel van de voorzieningenrechter voldoet deze motivering aan de daaraan te stellen eisen. Uit de motivering volgt voldoende duidelijk op welke wijze de beoordeling heeft plaatsgevonden en ook maakt de motivering het voor [A] mogelijk om te controleren of de beoordeling de (voorlopige) gunningsbeslissingen rechtvaardigt. [B] heeft niet de verplichting om aan te geven of en zo ja, in hoeverre een eventueel voordeel van de uitgevers de doorslag heeft gegeven. Daarbij komt dat het nog maar de vraag is of de uitgevers daadwerkelijk in het voordeel waren en of dat vermeende voordeel de doorslag heeft gegeven bij de puntentoekenning. Immers, zoals hiervoor al is overwogen, op het onderdeel prijs bestond een dergelijk voordeel kennelijk niet, aangezien [A] op perceel 1 de hoogste score op dit onderdeel heeft behaald. [B] heeft ter zitting voorts aangevoerd dat [A] wellicht op een aantal kwaliteitscriteria in het nadeel is geweest maar dat zij op andere kwaliteitscriteria in het voordeel was, wat ook volgt uit de toegekende punten. Verder heeft zij aangevoerd dat [A] punten heeft laten liggen door in haar motivering op verschillende onderdelen onvoldoende in te gaan op de gestelde eisen.

5.4. Er is geen sprake geweest van een voldoende level playing field voor wat betreft perceel 1 omdat de consumentenprijs van het leermiddel “Biologie voor jou” niet bekend is gemaakt, terwijl de inschrijvers concurreren op het kortingspercentage waarmee de consumentenprijs van het leermiddel wordt vermindert.

5.4.1. [A] stelt dat de onbekendheid met de consumentenprijs van het leermiddel Biologie voor jou er toe leidt dat zij niet zelf kan bepalen hoe hoog de korting of opslag in de praktijk daadwerkelijk zou zijn. [C] daarentegen was wel bekend met de hoogte van de korting of opslag die zij kon bieden. Daardoor is van een level playing field

geen sprake, met name niet nu [C] als uitgever bij deze aanbestedingsprocedure al in het voordeel was.

5.4.2. [C] heeft aangevoerd dat het niet noodzakelijk is dat de consumentenprijzen vooraf bekend zijn en dat in het verleden ook nooit voorafgaand aan iedere aanbestedingsprocedure het geval is geweest. De consumentenprijzen worden namelijk altijd slechts één maal per jaar gepubliceerd. Het is volgens [C] ook niet noodzakelijk dat de consumentenprijzen vooraf bekend zijn.

[B] vraagt dan ook niet naar de consumentenprijzen maar alleen naar het kortingspercentage dan wel opslagpercentage dat wordt geoffreerd. De inschrijver met het hoogste kortingspercentage krijgt het maximale puntenaantal. Tussen [C] en haar distributeurs, waaronder [A], worden geen wederverkooprijzen maar kortingspercentages afgesproken, welke kortingspercentages leiden tot een marge voor de distributeurs. Deze marge kan de distributeur goed schatten, nu de distributeur de vaste korting kent terwijl het variabele gedeelte afhangt van het behalen van de prestatie indicatoren die doorgaans voor minimaal 80% worden behaald. Gelet op deze methodiek was het voor [A] wel degelijk mogelijk om eventuele kortingen die zij in de aanbestedingsprocedures wil aanbieden te berekenen.

5.4.3. Gelet op hetgeen door [C] is aangevoerd acht de voorzieningenrechter het aannemelijk dat het voor [A] voor het bepalen van het door haar te offeren kortings/opslagpercentage niet noodzakelijk was dat zij bekend was met de consumentenprijs van het leermiddel Biologie voor jou. Dat kan voorts worden afgeleid uit het feit dat zij op het onderdeel prijsstelling voor perceel 1 een hogere score heeft behaald dan [C]. Van het ontbreken van een level playing field is naar het oordeel van de voorzieningenrechter geen sprake.

Dat de CvAE daar in haar advies anders over heeft geoordeeld doet aan het voorgaande niet af nu dit advies niet bindend is en [C] bij de totstandkoming van dit advies niet betrokken is geweest en dus ook geen verweer heeft kunnen voeren tegen de stellingen van [A].

5.5 Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de vorderingen van [A] dienen te worden afgewezen. Nu [B] voornemens is de opdrachten ook definitief te gunnen aan [C] en [D], brengt voormelde beslissing mee dat [C] en [D] geen belang (meer) hebben bij toewijzing van hun vorderingen, zodat deze worden afgewezen. [C] en [D] zullen worden

veroordeeld in de kosten van [B], welke kosten worden begroot op nihil, nu niet is gebleken dat [B] als gevolg van deze vorderingen extra kosten heeft moeten maken. Ondanks de afwijzing moet [A] in haar verhouding tot [C] en [D] worden aangemerkt als de in het ongelijk gestelde partij. Het doel van [C] en [D] was immers te voorkomen dat de opdracht aan [A] zou worden gegund, welk doel is bereikt. [A] zal dan ook worden veroordeeld in de proceskosten van [C] en [D]. Voorts zal [A], als de in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de proceskosten aan de zijde van [B].

Voor veroordeling in de nakosten bestaat geen grond, nu de kostenveroordeling ook voor deze nakosten een executoriale titel oplevert (vgl. HR 19 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL1116, NJ 2011/237).

6 De beslissing

De voorzieningenrechter:

- 6.1. wijst de vorderingen van [A] af;
- 6.2. wijst de vorderingen van [C] en [D] af;
- 6.3. veroordeelt [C] en [D] voor wat betreft de door hun ingestelde vorderingen jegens [B] in de kosten van [B], tot dusver begroot op nihil;
- 6.4. veroordeelt [A] in de overige proceskosten, tot dusver begroot aan de zijde van [B] op € 1.434,-, waarvan € 618,- aan griffierecht en € 816,- aan salaris gemachtigde en aan de zijde van [C] en [D] telkens op € 1.435,-, waarvan € 619,- aan griffierecht en € 816,- aan salaris advocaat;
- 6.5. bepaalt ten aanzien van [C] dat de verschuldigde proceskosten dienen te worden voldaan binnen veertien dagen na de betekening van dit vonnis, bij gebreke waarvan daarover de wettelijke rente verschuldigd is;
- 6.6. verklaart dit vonnis uitvoerbaar ten aanzien van de proceskosten;
- 6.7. wijst het meer of anders gevorderde af.

NOOT

Toepassing van normen, merkspecificaties en 'of gelijkwaardig'

Inleiding

In deze verzamelannotatie staan centraal drie adviezen over specificaties van de Commissie van Aanbestedingsexperts (CvAE): 318, 368 en

387 en het vonnis van de Rechtbank Den Haag van 17 januari 2017. In de adviezen van de CvAE staan normen en in de markt gebruikelijke standaarden centraal. In het vonnis van de Rechtbank Den Haag komt onder meer de toevoeging 'of gelijkwaardig' bij titels van leerboeken aan de orde.

Specificaties spelen een fundamentele rol bij het aanbesteden van overheidsopdrachten. Enerzijds vormen specificaties de input voor het opstellen van bijzondere voorwaarden, facultatieve uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en gunningscriteria – voor iedere aanbesteding. Anderzijds bepalen specificaties in belangrijke mate de toegankelijkheid tot de markt van overheidsopdrachten.

In de praktijk blijkt nogal eens dat specificaties een middel zijn om de nationale markt te beschermen of de opdracht aan een bepaalde leverancier toe te bedelen. Een bekend voorbeeld uit de rechtspraak van het afschermen van de nationale markt, is de zaak C-45/87 (Dundalk) van 22 december 1988.¹ In deze zaak betrof het de levering van buizen aan een lers waterleidingbedrijf, waarvoor in 1987 geen aanbestedingsplicht gold.² Hier werd de eis gesteld dat de buizen moesten voldoen aan Irish Industrial Research and Standards (IIRS). Aan deze eis kon slechts één onderneming voldoen: een lers bedrijf dat door IIRS was erkend en bevoegd was de norm Irish Standard Mark te gebruiken. De Spaanse leverancier van buizen die voldeden aan ISO 160-1980, werd afgewezen, zonder dat gecontroleerd was of de buizen aan IIRS-norm voldeden. Het moge duidelijk zijn dat het Ierse waterleidingbedrijf in het ongelijk werd gesteld.³

Specificaties dienen uit aanbestedingsrechtelijk oogpunt dan ook op een zodanige wijze te worden geformuleerd dat inschrijvers ongeacht hun nationaliteit gelijke toegang krijgen tot de markt van overheidsopdrachten. Of zoals het zesde lid

van artikel 2.75 huidige Aanbestedingswet (Aw) het formuleert: technische specificaties bieden de inschrijvers gelijke toegang en leiden niet tot ongerechtvaardigde belemmeringen in de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging. De 24ste overweging van Richtlijn 2014/24/EU licht het als volgt toe.

“De door de aanbestedende diensten opgestelde technische specificaties moeten de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging en de verwezenlijking van duurzaamheidsdoelstellingen mogelijk maken.

Bijgevolg moeten de technische specificaties zodanig worden opgesteld dat kunstmatige concurrentiebeperking, die erin bestaat eisen te stellen die een bepaalde ondernemer bevoorraden omdat zij afgestemd zijn op de hoofdkenmerken van de leveringen, diensten of werken zoals deze gewoonlijk door die ondernemer worden aangeboden, wordt voorkomen.”

De aanbestedingswetgeving maakt een onderscheid tussen technische en functionele specificaties. In het geval men kiest voor technische specificaties kan naar technische specificaties worden verwezen of naar normen.⁴

Een technische specificatie is een omschrijving van de door de aanbestedende dienst vereiste kenmerken van een product, zoals het niveau van kwaliteit, het niveau van milieuvriendelijkheid en klimaatprestaties, een ontwerp dat aan alle vereisten voldoet (met inbegrip van de toegankelijkheid voor gehandicapten), gebruiksgeschiktheid, gebruik, veiligheid of afmetingen van het product, met inbegrip van de voor het product geldende voorschriften inzake handelsbenaming, terminologie, symbolen, proefnemingen en proefnemingsmethoden, verpakking, markering en etikettering, gebruiksaanwijzingen, productieprocessen en -methoden tijdens de verschillende stadia van de levenscyclus van de levering of dienst, en conformiteitsbeoordelingsprocedures.⁵ Bij een technische specificatie voert de leverancier de opdracht conform de voorgescreven specificaties uit. Blijkt achteraf dat de

1 ECLI:EU:C:1988:435

2 Met de inwerkingtreding van Richtlijn 93/38/EEG (Pb. L 1993, L 199/84) op 1 juli 1994 werden nutsbedrijven aanbestedingsplichtig.

3 Het HvJ-EU baseerde zijn arrest op artikel 30 EEG-verdrag (thans artikel 36 EU-verdrag).

4 Art. 2.76 Aw.

5 Bijlage VII (b) van Richtlijn 2014/24/EU

specificaties niet toereikend waren, dan kan de leverancier daarvoor niet verantwoordelijk worden gesteld.

Functionele specificaties beschrijven daarentegen de functie die een gebouw, een product of een dienst moet vervullen. Dit houdt in dat men de eigenschappen omschrijft waaraan de te leveren prestaties moeten voldoen, zodat het gebouw, het product of de dienst ‘fit for purpose’ is. Hoe het product wordt vervaardigd is de verantwoordelijkheid van de leverancier. Bij de toepassing van functionele eisen, is het de leverancier die aan de hand van de functionele eisen technisch specificeert hoe de opdracht wordt uitgevoerd, teneinde te voldoen aan de functionele eisen. Voorwaarde is wel dat de aanbestedder heeft vastgesteld dat de functionele specificaties ‘vertaalbaar’ zijn in technische. Anders dan bij technische specificaties is bij functionele specificaties de leverancier verantwoordelijk voor het eindresultaat.

In het geval van technische specificaties kan de aanbestedder ook kiezen te verwijzen naar normen. Een norm is een door een erkende normalisatie-instelling vastgestelde technische specificatie voor herhaalde of voortdurende toepassing, waarvan de naleving niet verplicht is.⁶ Dat kan een internationale normalisatie-instelling zijn, zoals de International Organization for Standardization (ISO) of een Europese normalisatie-instelling, zoals Comité Européen de Normalisation (CEN) of Comité Européen de Normalisation Electrotechnique voor elektrotechnische standaarden. De Europese normen dienen zonder enige wijziging door de nationale normalisatie-instellingen te worden overgenomen.⁷ In Nederland is het Nederlands Normalisatie Instituut verantwoordelijk voor de omzetting in nationale normen. Voor de Nederlandse markt dragen Europese normen dan de codering NEN-EN. In Duitsland is dat DIN-EN. Hanteert een aanbestedende dienst een internationale, Europese of nationale norm dan dient deze gepaard

te gaan met de bewoordingen ‘of gelijkwaardig’ (artikel 2.76 lid 2 Aw). In de praktijk, zoals wij ook kunnen lezen in de hieronder besproken advies 368, wordt deze toevoeging nogal eens vergeten.

Naast het beginsel van wederzijdse erkenning speelt normalisatie een centrale rol voor een goede werking van de interne markt. Geharmoniseerde Europese normen helpen namelijk het vrij verkeer van goederen binnen de interne markt te waarborgen en stellen Europese ondernemingen in staat concurrentiekrachtiger te worden.

Advies 318

In het advies 318 van de CvAE betreft het de opdrachtspecificatie voor de te leveren minicontainers, bestemd voor het inzamelen van restafval, GFT, papier en toebehoren, die discriminatoir, disproportioneel en mededingingsbeperkend zijn, aldus klager. De beklagde had voor de minicontainers de norm NEN-EN 840, deel 1,5 en 6 met een aantal aanvullende specificaties voorgeschreven. Zo was de hoogte van de romp op 950 mm gesteld, terwijl de NEN-EN 840 de eis stelde tussen 860 en 1030 mm. Voor de wanddikte van de romp gold de eis 3,8 mm, zonder dat noodzaak daarvan was aangetoond. Door het stellen van deze aanvullende eisen, was slechts één leverancier in staat de gevraagde minicontainers te leveren. De kern van de klacht was of door deze aanvullende eisen er sprake is van discriminatoir, disproportioneel en mededingingsbeperkend handelen. De klager stelde dat wanneer een minicontainer voldoet aan de NEN-EN 840, en dus in staat is om een massa van 72 kg te dragen – één van de bestekseisen –, dan kan met een dunnere wanddikte worden volstaan. De klager stelde 3,5 mm voor. Hier ging de beklagde niet mee akkoord.

Bewust afwijken van een norm is toegestaan, mits dat op objectieve gronden kan worden gerechtvaardigd. Op basis van het advies van de CvAE kan worden geconcludeerd dat beklagde door het stellen van een combinatie van aanvullende maatwerkeisen zonder dat nader te motiveren, en waar slechts één leverancier aan kon voldoen, deze zijn afgestemd op de hoofdkenmerken van minicontainers van deze ene leverancier. Of zoals de CvAE het formuleert, de

6 Art. 1 Verordening (EU) nr. 1025/2012 van 25 oktober 2012, Pb L 316, blz. 12 van 14 november 2012.

7 https://www.nen.nl/pdfpreview/preview_177814.pdf.

aanvullende eisen zijn toegeschreven op een bepaalde onderneming. Daarmee heeft beklagde in strijd gehandeld met artikel 2.76 lid 5 Aw.⁸ In het hierna te bespreken advies staat centraal de juiste wijze van het toepassen van een nationale norm.

Advies 368

Deze klacht had betrekking op een nationale openbare aanbesteding voor de levering van stalen damwandplanken, waarop het ARW 2012 van toepassing was verklaard. 'De stalen damwandplanken dienden te voldoen aan de NEN-EN 10248-1:1995 nl' en 'NEN-EN 10248-2:1995 nl. Onder gelijkwaardig damwand-profiel t.o.v. de genoemde profielen komen alleen in aanmerking: warmgewalste profielen', aldus beklagde. Klager maakte bezwaar tegen de eis dat de damwandplanken warmgewalst moesten zijn en dat koudgewalste damwandplanken niet waren toegestaan. Klager verzoekt de normering NEN-EN 10248-1:1995 nl' en 'NEN-EN 10248-2:1995 nl te laten vervallen.⁹ Klager stelde dat er sprake is van het voorschrijven van een bepaalde productiemethode, hetgeen in strijd is met artikel 2.75 lid 5 van de vorige Aanbestedingswet 2012 en artikel 2.4.9 Aanbestedingsreglement Werken 2012. Artikel 2.4.9 Aanbestedingsreglement Werken 2012 geldt voor zowel nationale als Europese aanbestedingen en bepaalt het volgende: 'De aanbesteder maakt in de technische specificaties geen melding van een bepaald fabricaat, een bepaalde herkomst of een bijzondere werkwijze, [...], een bepaalde oorsprong of een bepaalde productie, waardoor bepaalde ondernemingen of bepaalde producten worden bevoordeeld of uitgesloten, mits dit door het voorwerp van de opdracht gerechtvaardigd is.'

Klager stelde zich op het standpunt dat koudgewalste damwandplanken eveneens in aanmerking moeten komen, indien wordt aangetoond dat deze gelijkwaardig zijn.

CvAE motiveert uitgebreid wat het kwaliteitsverschil is tussen warm- en koudgewalste damwandplanken zijn. Warmgewalste damwanden wor-

den toegepast voor lange en zware damconstructies en koudgewalste voor lichte tot middelzware grond- en waterkerende constructies.

Uitgangspunt is dat een aanbestedende dienst in beginsel vrij is te bepalen wat hij wil inkopen. Daarbij zal hij zoveel mogelijk moeten aansluiten bij de in de markt gehanteerde standaarden of zijn eisen functioneel moeten specificeren (zie artikel 2.76, lid 1 Aw 2012). In casu had beklagde gekozen voor warmgewalste damwanden die bestemd waren voor de vervanging van oevervoorzieningen over een lengte van ca. 1,8 km. In het onderhavige geval was het gerechtvaardigd warmgewalste damwanden, die bestemd waren voor een zware damconstructie, die geproduceerd moeten zijn volgens NEN-EN 10248-1:1995 nl' en 'NEN-EN 10248-2:1995 nl, te verlangen. Gelet op het feit dat deze NEN-EN norm wordt gesteld, moeten meerdere leveranciers in staat worden geacht de verlangde damwanden te produceren en kan er niet gesproken worden over een beperking van de concurrentie. Dat een aanbestedende dienst een bepaalde (productie)technologie mag voorschrijven, indien dat objectief te rechtvaardigen is, wordt in een tweetal arresten van het hof Den Haag bevestigd. Het betrof hier het voorschrijven van een bepaalde technologie voor het afnemen van testen van baarmoederhalskanker. Dat is geoorloofd, indien dat naar de stand van de wetenschap de meest optimale werkwijze is en als dat de concurrentie niet beperkt, aldus het hof.¹⁰

Terecht merkt de CvAE tot slot op dat de beklagde de klacht had kunnen voorkomen, indien hij in de Nota van Inlichtingen duidelijk had toegelicht waarom hij voor de warmgewalste damwanden had gekozen, zoals artikel 2.13 Aanbestedingsreglement Werken 2012 voorschrijft, in plaats van naar het bestek te verwijzen.

Advies 387

Anders dan in de vorige adviezen gaat het hier niet om normen, maar om aansluiten bij de in de markt gehanteerde standaarden. Het betreft

⁸ Op deze aanbesteding was de vorige Aanbestedingswet van toepassing; Stbl. 2012, 542.

⁹ Er is een aparte norm voor koudgewalste damwanden: NEN-EN 10249- 2006.

¹⁰ Hof Den Haag 9 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1457 en Hof Den Haag 9 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1456.

een klacht over een Europese openbare aanbesteding voor het sluiten van een raamovereenkomst voor de levering van kantoorartikelen. De kern van de klacht heeft betrekking op de door beklagde gestelde eisen met betrekking tot verpakkingseenheden. Deze eisen zijn dat de verpakkingseenheid die wordt aangeboden maximaal 50% mag afwijken van de in het prijzenblad opgenomen hoeveelheid artikelen per verpakkingseenheid. De eisen betreffende de verpakkingseenheden zijn door beklagde op grond van de logistieke processen binnen zijn organisatie gesteld. Hierdoor kunnen de logistiekmedewerkers eenvoudig en met name efficiënt de bestellingen intern afleveren. Klager stelt zich op het standpunt dat de gestelde verpakkingseisen afwijken van hetgeen in de markt gebruikelijk is. Hierdoor is het niet te garanderen dat alle inschrijvers kunnen aanbieden in de verlangde verpakkingseenheden. Twee potentiële inschrijvers, waaronder klager, hebben in de Nota van Inlichtingen aangegeven dat zij disproportionele aanpassingen moeten doen, waarvan zij de extra kosten in hun prijzen moeten verdisconteren om te kunnen voldoen aan de verpakkingseisen van beklagde, aldus klager. De huidige leverancier heeft door het stellen van de verpakkingseisen een substantieel concurrentieel voordeel, aldus klager.

In de industrie is het niet ongebruikelijk dat leveranciers de te leveren goederen moeten afstemmen op de logistieke productieprocessen van de onderneming. Daarbij dient te worden opgemerkt dat het doorgaans omvangrijke contracten betreft, vaak met innovatieve aspecten – kwaliteitszorg, co-design, co-makership –, die voor langere tijd worden gesloten. In casu betreft het een raamovereenkomst met een looptijd van vier jaar. De vraag is of van leveranciers vanuit het oogpunt van de beginselen van aanbestedingsrecht kan worden verlangd dat zij hun verpakkingproces, in afwijking van de in de markt gebruikelijke standaardverpakkingen, voor een periode van vier jaar moeten aanpassen, teneinde een efficiënt bestelproces van de aanbestedende dienst te bewerkstelligen. Voor de beoordeling van de vraag of een efficiënt bestelproces – kostenbesparingen – een valide argument is om af te wijken van gebruikelijke standaarden, zal moeten worden beoordeeld of de eisen in een redelijke verhouding

staan tot het voorwerp van de opdracht (artikel 1.10 jo artikel 2.75 lid 2 Aw). Kosten op zich zijn geen reden om van gebruikelijke standaarden af te wijken. Of zoals de voorzieningsrechter Midden-Nederland oordeelde: 'Kosten van validatie/conversie zijn inherent aan iedere inkoopprocedure waarbij wordt overgestapt op een ander merk.'¹¹ Van de standaard afwijkende producten is evenwel geoorloofd, indien dat tot doel heeft duurzame of innovatieve oplossingen te bewerkstelligen, mits daardoor de concurrentie niet onnodig wordt beperkt. Uit het advies van CvAE blijkt dat de verpakkingseisen niet zijn ingegeven door innovatie te stimuleren, maar zijn afgestemd op de huisleverancier. Kostenbesparingen speelden daarbij een doorslaggevende rol.

Tot slot is het mijns inziens opmerkelijk dat het vermelden van het fabricaat, inclusief codes, zonder vermelding van 'of gelijkwaardig' niet door klager aan de orde is gesteld. Kennelijk is dat in deze markt gebruikelijk.

Voorzieningsrechter Rechtbank Den Haag 17 januari 2017¹²

Het geschil heeft weliswaar in hoofdzaak betrekking op de kwalitatieve en financiële gunningscriteria en de motivering van de gunningsbeslissing, maar is in het kader van deze bijdrage interessant omdat de titels van boeken met vermelding van ISBN-nummers in het programma van eisen zijn voorgeschreven zonder toevoeging van 'of gelijkwaardig', waartegen klager bezwaar maakte. Met een verwijzing naar het vonnis van de Voorzieningsrechter van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant,¹³ oordeelt de Voorzieningsrechter van de Rechtbank Den Haag 'dat het opnemen van specifieke titels kan worden aangemerkt als technische specificaties als bedoeld in artikel 2.75 Aw 2012 en is het uit het oogpunt van het tegengaan van ongerechtvaardigde belemmeringen in de mededinging zoals genoemd

¹¹ Rb. Midden-Nederland 19 juni 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:4685.

¹² ECLI:NL:RBDHA:2017:2217.

¹³ Rb. Midden-Nederland 1 mei 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:2951.

in artikel 2.75, tweede lid, Aw 2012 niet nodig daarbij de vermelding 'of gelijkwaardig' te plaatsen.'

De Voorzieningsrechter van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant kwam tot zijn oordeel dat schoolboektitels met vermelding van ISBN-nummer zonder toevoeging van 'of gelijkwaardig' zijn toegestaan door te verwijzen naar het standpunt van de Europese Commissie, als vermeld in de Memorie van Antwoord van de wijziging van diverse onderwijswetten.¹⁴

'De Commissie is van mening dat scholen boektitels mogen specificeren (met ISBN-nummer) bij de aanbesteding van schoolboeken, zonder daaraan toe te hoeven voegen 'of gelijkwaardig'. Dit geldt zowel in de leverings- als in de dienstenvariant. Gezien de bijzondere context is de Commissie van mening dat scholen het onderwerp van de overheidsopdracht mogen vaststellen door de enkele vermelding van de titel van een specifiek boek in de aanbestedingsdocumenten. Scholen zijn vrij om dit te doen voor schoolboeken die zij om pedagogische redenen willen gebruiken.'

'Het toch vereisen van de melding 'of gelijkwaardig' dient geen redelijk doel omdat dit bij voorbaat neerkomt op het schrijven van een zinloze formaliteit. Die eis hoeft bij de levering van (digitale) boeken dan ook niet te worden gesteld,' aldus de Voorzieningsrechter van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant.

'Of gelijkwaardig'

Aanbesteders hanteren nogal eens lichtvaardig een merknaam met de toevoeging 'of gelijkwaardig'. Dat is alleen toegestaan, indien de aanbestedende dienst werkelijk niet in staat is op een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke wijze het voorwerp van de opdracht te beschrijven. In dat geval is bij uitzondering een merknaam toegestaan met de toevoeging 'of gelijkwaardig'. Dat met het verwijzen naar merknamen men zeer terughoudend dient te zijn, blijkt uit het persbericht van de Europese Commissie van 13 oktober 2004 over een inbreukprocedure.¹⁵ In 2004 deed de Commissie naar aanleiding van

klachten, een onderzoek bij een twaalfstal aanbe-stedende diensten in verschillende lidstaten naar de eis dat microcomputers, servers of werkstati-ons moesten zijn voorzien van microprocessors van het merk Intel 'of gelijkwaardig', dan wel dat microprocessors een minimale kloksnelheid moesten hebben.¹⁶ Volgens de Commissie was hier sprake van een discriminerende eis, daar Intel door deze merknaam en de minimale klok-snelheid werd bevoordeeld. Er zijn andere mid-delen om microprocessors en vooral de ver-langde prestaties ervan te omschrijven, bijvoor-beeld aan de hand van diverse benchmarks, al-dus de Commissie.

Het verwijzen naar een bepaald fabricaat, of een bepaalde herkomst met vaak de 'cosmetische' toevoeging 'of gelijkwaardig' heeft niet alleen tot gevolg dat de markt van overheidsopdrach-ten op 'slot' wordt gedaan, maar daarmee cre-ëert de aanbestedende dienst ook zijn eigen monopolist en daar hangt een prijskaartje aan, zoals blijkt uit een recent onderzoek naar het gebruik van merknamen voor knie- en heupim-plantaten door medische specialisten.¹⁷

Conclusies en aanbevelingen

Specificaties – technische, functionele en nor-men – bepalen niet alleen in belangrijke mate het uiteindelijke inkoopresultaat – fit for purpose en best value for money -, maar ook de toegan-kelijkheid tot de markt van overheidsopdrachten. Om die laatste reden is het niet toegestaan een bepaald fabricaat voor te schrijven, tenzij dat op objectieve gronden niet mogelijk is. In dat geval moet worden toegevoegd 'of gelijkwaardig'. De oorzaak van het voorschrijven van een bepaald fabricaat kan zijn dat men vertrouwd is met de eigenschappen van een bepaald product. Daar-mee meent men technische afbreukrisico's te kunnen voorkomen. Men zou deze afbreukrisi-co's kunnen voorkomen door functionele eisen op te stellen op het gebied van de te leveren prestaties. Dit vereist dan wel verificatie van het aangeboden product, bijvoorbeeld door het

14 Eerste Kamer, vergaderjaar 2007-2008, 31 325, C, p. 8.

15 http://europa.eu/rapid/press-release_IP-04-1210_nl.htm.

16 Het betrof een zogenoemde inbreukprocedure op grond van artikel 258 EU-verdrag.

17 Het rapport 'Ezeltje trek je'. Een studie naar winst, macht en regulering in de Nederlandse gezondheidszorg van 13 maart 2017.

houden van (acceptatie) testen. Vaak vindt men dit te bewerkelijk en schrijft men liever een bepaald merk of type voor. In dat geval kunnen wij spreken van intellectual laziness.

Het verbod van merkspecificaties geldt eveneens voor opdrachten met een waarde beneden de aanbestedingsdrempels, indien er sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang. Van dat grensoverschrijdend belang is naar het oordeel van het HvJ-EU sprake als 'met name het aanzienlijke bedrag van de betrokken opdracht, in combinatie met de plaats van uitvoering van de werken of de technische kenmerken van de opdracht een rol spelen. De verwijzende rechter kan bij zijn algemene beoordeling van het bestaan van een duidelijk grensoverschrijdend belang tevens rekening houden met het bestaan van klachten van in andere lidstaten gevestigde marktdeelnemers, mits wordt nagegaan of het werkelijke klachten en geen schijnklachten betreft.'¹⁸

Voor het opstellen van technische en functionele specificaties is het noodzakelijk dat de aanbestedder tijdens de voorbereidingsfase op de aanbesteding duidelijk in kaart heeft gebracht wat de functionele inkoopbehoefte is. Daarbij spelen de gebruikers een belangrijke rol. Dat wordt nogal een vergeten.

Geharmoniseerde normen zijn in het leven geroepen om de tot een goede werking van de interne markt te komen. Ook bij de toepassing van normen geldt de toevoeging van 'of gelijkwaardig', zodat bijvoorbeeld een Duitse leverancier ook het product kan aanbieden dat voldoet aan de gelijkwaardige DIN-EN.

Normen met aanvullende eisen is alleen dan geoorloofd indien dat op objectieve gronden noodzakelijk is. Op de aanbestedder rust in dat geval de motiveringsplicht.

H.J. van der Horst,
zelfstandig aanbestedingsexpert

18 C-278/14 van 16 april 2015, ECLI:EU:C:2015:228, r.o. 20.

119

Voorzieningenrechter Rechtbank Gelderland
20 februari 2017, nr. 313931,
ECLI:NL:RBGEL:2017:1500
(mr. Boonekamp)

Programma van wensen. Uitleg gunningscriteria. Cao-norm. Transparantiebeginsel. Gelijheidsbeginsel. Motivering gunningsbeslissing.

Stichting Katholieke Universiteit/Radboud Universitair Medisch centrum (hierna: Radboud UMC) is op 16 juni 2016 een openbare Europese aanbestedingsprocedure gestart voor de aanschaf van twee volledig geautomatiseerde bloedtransfusiesanalyzesystemen. De betreffende opdracht en de aanbestedingsprocedure staan beschreven in een inschrijvingsleidraad, een programma van eisen en een programma van wensen. Het gunningscriterium is de economisch meest voordelige inschrijving. Ortho-Clinical Diagnostics N.V. (hierna: OCD) heeft op 31 augustus 2016 haar inschrijving bij Radboud UMC ingediend. Zij heeft ingeschreven met het systeem "Ortho Vision Analyzer". Bij brief van 21 december 2016 heeft Radboud UMC OCD bericht dat zij voornemens was de opdracht aan DiaMed N.V. (hierna: Diamed) te gunnen. OCD komt op tegen dit gunningsvoornemen.

Uitleg wens

De voorzieningenrechter constateert dat partijen van mening verschillen over de betekenis van wens 1.20 en dan in het bijzonder over de zinsnede 'tijdens het aanbieden van monsters aan het systeem'. De vraag naar de betekenis van wens 1.20 is een kwestie van uitleg van die wens. Daarbij geldt enerzijds dat de wens moet worden uitgelegd volgens de zogenaamde CAO-norm, aangezien het programma van wensen bedoeld is voor een onbepaald aantal geïnteresseerden die niet bij het opstellen van dat programma betrokken zijn geweest. Anderzijds geldt dat bij de uitleg van wens 1.20 ook dient te worden betrokken dat op grond van de beginselen van transparantie en gelijkheid de voorwaarden van gunning op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze geformuleerd moeten worden, opdat alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren.

In wens 1.20 wordt letterlijk gevraagd naar het aantal manuele handelingen dat nodig is tijdens het aanbieden van de monsters aan het systeem tot het moment dat het systeem begint aan het analyseren van die monsters. De vraag aan de inschrijvers is dus wat het aantal manuele handelingen is dat nodig is tot aan het moment dat het systeem de monsters gaat analyseren. Het woordje 'tijdens' verwijst niet naar een specifiek beginmoment, maar in combinatie met het woordje 'aanbieden' kan wens 1.20 niet anders worden begrepen dan dat bedoeld is te vragen naar alle handelingen die verricht moeten worden vanaf de eerste handeling die nodig is om het systeem in werking te stellen zodat gestart kan worden met het analyseren van de monsters.

Dit standpunt heeft Radboud UMC ook steeds ingenomen. Van een normaal oplettende inschrijver mag naar het oordeel van de voorzieningenrechter ook verwacht worden dat wens 1.20 zo begrepen wordt. In dit kader is ook van belang dat Radboud UMC een ziekenhuis is en dat het, gelet op het grote aantal bloedanalyses dat dagelijks in een ziekenhuis dient te worden uitgevoerd, voor de hand ligt dat Radboud UMC het aantal manuele handelingen zoveel mogelijk wil beperken. Van OCD had verwacht mogen worden dat zij dit zou begrijpen, zeker ook nu Radboud UMC expliciet heeft gevraagd om een volautomatisch analysesysteem. Ook uit het feit dat aan slechts twee wensen uit het programma van wensen een score van (maximaal) 160 punten is verbonden, kan worden afgeleid dat het aantal manuele handelingen een zeer relevante wens van Radboud UMC was. Tegen deze achtergrond ligt voor de hand dat het bij de manuele handelingen waarnaar is gevraagd om alle handelingen vanaf het in werking stellen van het systeem zou moeten gaan. Voor een andere opvatting waarbij 'aanbieden' alleen zou slaan op het moment waarop een rekje fysiek in het systeem wordt geplaatst, bestaan geen aanknopingspunten. Deze andere opvatting zou de vraagstelling in wens 1.20 overigens ook zinloos maken, omdat aanneemelijk is geworden dat voor ieder ander volautomatisch systeem in dat geval ook zou gelden dat het aantal manuele handelingen op minder dan twee zou uitkomen.

Tussen partijen is niet in geschil dat bij het systeem van OCD vanaf de eerste handeling die verricht moet worden om het systeem in werking te stellen tot aan het moment dat het systeem de monsters gaat analyseren, zes manuele handelingen nodig zijn. Het is dus juist dat Radboud UMC ten aanzien van wens 1.2 voor wat betreft het systeem van

OCD is uitgegaan van meer dan 4 handelingen en dat zij OCD wat dit betreft geen punten heeft toegekend.

Wens 1.20 kon door alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers op dezelfde manier kon worden begrepen en was voldoende duidelijk. Radboud UMC heeft de opdracht op goede gronden aan DiaMed gegund, nu vast staat dat bij het systeem van DiaMed slechts één manuele handeling nodig is tussen het moment van aanbieden van de monsters aan het systeem en het analyseren van die monsters.

Motivering gunningsbeslissing

Uit de bijlage bij de brief van 21 december 2016, in combinatie met de in het programma van wensen genoemde te behalen scores en wegingsfactoren kon precies nagegaan worden aan welke wensen - en in welke mate - het systeem van DiaMed voldeed. OCD kon derhalve vaststellen waaruit de verschillen tussen haar systeem en het systeem van DiaMed bestonden en of Radboud UMC in redelijkheid tot de voorlopige gunningsbeslissing is gekomen. Radboud UMC heeft voldaan aan haar motiveringsverplichting.

Conclusie

Het voorgaande leidt er toe dat de vorderingen van OCD zullen worden afgewezen. De afwijzing van de vorderingen van OCD impliceert de toewijsbaarheid van de vordering van DiaMed tot gunning aan haar, zij het op de voorwaarde dat Radboud UMC nog tot gunning wenst over te gaan.

de naamloze vennootschap naar buitenlands recht
ORTHO-CLINICAL DIAGNOSTICS N.V.,
statutair gevestigd te Beerse (België) en kantoorhou-
dende te Tilburg,

eiseres in de hoofdzaak,

verweerster in het incident,

advocaat mr. I.J.M.I. Souren te Rotterdam,

tegen

de stichting **STICHTING KATHOLIEKE UNIVER-
SITEIT**, mede handelend onder de naam **RAD-
BOUD UNIVERSITAIR MEDISCH CENTRUM
/ RADBODUMC**,

gevestigd te Nijmegen,

gedaagde in de hoofdzaak,

verweerster in het incident,

advocaat mr. T. van Wijk te Nijmegen,

in welke procedure heeft verzocht te worden toe-
gelaten als tussenkomende dan wel gevoegde partij

aan de zijde van gedaagde in de hoofdzaak:
de naamloze vennootschap naar buitenlands recht

DIAMED N.V.,

gevestigd te Temse (België),

eiseres in het incident,

advocaat mr. R.J. van Agteren te Amsterdam.

De volledige uitspraak is te raadplegen op
www.sdujurisprudentie.nl

120

Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag
20 februari 2017, nr. C-09-524698-KG ZA 17-13,
ECLI:NL:RBDHA:2017:2971
(mr. Van Ham)

**Level playing field. Kwalitatieve gunningscri-
teria. Zittende leverancier. Motivering gun-
ningsbeslissing. Rechtsverwerking.**

Het ministerie van Defensie (hierna: Defensie) heeft
een Europese aanbesteding uitgeschreven voor
de inhuur van mobiele sanitaire voorzieningen.
Vier partijen hebben een inschrijving ingediend,
waaronder ECO Toilet B.V. (hierna: ECO Toilet).
ECO Toilet is de huidige dienstverlener voor mo-
biele sanitaire voorzieningen aan Defensie.
Bij brief van 13 december 2016 heeft Defensie aan
ECO Toilet bericht dat zij het voornemen heeft om
de opdracht voor de Raamovereenkomst te gunnen
aan [A] BV.

Partijen twisten onder meer over de puntentoeke-
ning aan de inschrijving van ECO Toilet voor de
beantwoording van "Vraag 2 Kwaliteit: Implemen-
tatieplan".

In deze zaak doet de situatie zich voor dat reeds
bestaande dienstverlening (naar ECO Toilet onweer-
sproken heeft betoogd: ongewijzigd) opnieuw in
de markt wordt gezet door middel van een nieuwe
aanbestedingsprocedure. In die situatie verkeert
de zittende dienstverlener feitelijk in een andere
positie dan andere inschrijvers. Het aanbestedings-
recht strekt er evenwel toe de eerlijke mededinging
te waarborgen. Het gelijkheidsbeginsel brengt dan
ook mee dat de inschrijving van de zittende
dienstverlener vergelijkbaar moet zijn met de in-
schrijvingen van andere inschrijvers en op gelijke
wijze als die inschrijvingen moet worden beoor-
deeld.

Uit (de door ECO Toilet gestelde) vraag en ant-
woord 22 van de twee Nota van Inlichtingen volgt
ondubbelzinnig dat de zittende dienstverlener de
vraag naar een implementatieplan diende te beant-
woorden als ware hij een nieuwe leverancier. Voor
zover ECO Toilet betoogt dat het opstellen van een
implementatieplan door haar niet nodig was, zal
dat betoog dan ook worden gepasseerd. Indien
ECO Toilet zich op het standpunt stelt dat dit
voorschrift ontoelaatbaar is, had zij daarover eerder
moeten klagen. ECO Toilet heeft dan ook haar recht
verwerkt om de rechtmatigheid van voornoemde
bepaling thans nog aan de orde te stellen.

ECO Toilet stelt voorts dat haar inschrijving het
maximale aantal punten voor Vraag 2 had moeten
krijgen, omdat in de gunningsbeslissing staat ver-
meld dat het antwoord van ECO Toilet op Vraag 2
meerwaarde heeft. Het is juist dat uit een tabel in
de Aanbestedingsleidraad (zoals geciteerd onder
2.2.) volgt dat een individuele beoordelaar de
maximale score toekent indien hij van oordeel is
dat de inschrijving voldoet en meerwaarde heeft.
Uit de tekst van de gunningsbeslissing blijkt
evenwel dat de kwalificatie "meerwaarde" slechts
betrekking heeft op een deel van de beantwoording
van de vraag en dat een ander deel als "onvoldoen-
de" is beoordeeld. Een gemiddelde score van 30
punten is in dat licht niet onlogisch of onbegrijpe-
lijk.

Het geschil van partijen spitst zich daarnaast toe
op de vraag of ECO Toilet een implementatieplan
heeft ingediend. ECO Toilet stelt dat dat het geval
is, onder verwijzing naar de tabel in haar inschrij-
ving met als titel "Taak Risico Analyse". De voor-
zieningenrechter is met de Staat van oordeel dat
die tabel niet als het verzochte implementatieplan
kan worden beschouwd. In Vraag 2 wordt immers

gevraagd naar een implementatieplan in het kader van het streven van Defensie naar een zo vloeiend mogelijke overgang van het huidige contract naar de nieuwe raamovereenkomst. De tabel waarnaar ECO Toilet verwijst, geeft geen beschrijving van de door haar en Defensie te nemen stappen om de overgang vloeiend te laten verlopen, maar bevat een opsomming van de mogelijke risico's die ECO Toilet signaleert bij de uitvoering van de opdracht en de maatregelen die met het oog daarop moeten worden getroffen.

Gelet op het voorgaande kan niet worden geconcludeerd dat de score van de inschrijving van ECO Toilet voor Vraag 2 onjuist is. Dit leidt ertoe dat ECO Toilet geen belang meer heeft bij een beoordeling van haar standpunt dat zij ook voor de beantwoording van Vraag 1 een te lage score heeft ontvangen. Indien zij voor dat onderdeel alsnog de maximale score ontvangt, zal zij de winnende inschrijver immers niet in de rangorde passeren. ECO Toilet stelt tot slot dat Defensie de gunningsbeslissing niet voldoende heeft gemotiveerd. Dit standpunt behoeft niet te worden beoordeeld, aangezien ECO Toilet geen daarop aansluitende vordering heeft ingesteld.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

ECO Toilet B.V.,

statutair gevestigd te Beverwijk,

eiseres,

advocaat mr. H.J. van der Hauw te Velsen-Zuid, tegen:

de publiekrechtelijke rechtspersoon

de Staat der Nederlanden (het ministerie van Defensie),

zetelend te Den Haag,

gedaagde,

advocaat mr. J.E. Palm te Den Haag

De volledige uitspraak is te raadplegen op www.sdujurisprudentie.nl.

121

Voorzieningenrechter Rechtbank Gelderland
28 februari 2017, nr. 313144,
ECLI:NL:RBGEL:2017:1501
(mr. Boonekamp)

**Transparantiebeginsel. Gelijkheidsbeginsel.
Onvoldoende informatie voor functietest.**

Geometius B.V. (hierna: Geometius) was samen met Leica Geosystems B.V. (hierna: Leica) en een derde partij uitgenodigd voor fase 4 van de aanbesteding, te weten het uitvoeren van een kwaliteit- en een gebruikerstest op 25 oktober 2016 op locatie bij het Kadaster. Het eerste onderdeel daarvan was een functietest, waarbij de apparatuur op drie onderdelen werd getest, waaronder (als eerste) de communicatie van de GNSS-ontvanger (die door de inschrijver diende te worden aangeboden) met NETPOS. In het testprotocol en het aanbestedingsdocument is voorgescreven dat de verbinding tussen de GNSS-ontvanger en het NETPOS-netwerk plaats moet vinden via een beveiligde dataverbinding (APN-verbinding). Standaard dient te verbinding plaats te vinden via GPRS en als backup via een GSM inbelverbinding. Geometius heeft op maandag 17 oktober 2016 een simkaart ontvangen van het Kadaster en op dinsdag 18 oktober 2016 het formulier met inloggegevens (serveradres, APN, poortnummer, gebruikersnamen en wachtwoorden). Het telefoonnummer heeft Geometius daarna opgevraagd en ontvangen. Op vrijdag 21 oktober 2016 constateerde Geometius dat het Kadaster een foutief poortnummer had verstrekt. Na ontvangst van het juiste poortnummer diezelfde dag heeft Geometius getracht om bij de functietest op dinsdag 25 oktober 2016 de verbinding tot stand te brengen, hetgeen niet is gelukt. Het Kadaster heeft Geometius op dinsdag 26 oktober 2016 bericht dat Geometius tot vrijdag 28 oktober 2016 (16:00 uur), en daarmee dus enkele dagen langer, de tijd zou krijgen voor het uitvoeren van de functietest. In die dagen is het Geometius evenmin gelukt om een verbinding tot stand te brengen en heeft zij het Kadaster meerdere malen via e-mail, telefoon en berichten via TenderNed verzocht om toezending van meer technische gegevens (te weten een authenticatieprotocol, een initialisatiestring en contactgegevens) van de technisch beheerder van de NETPOS-server, welke gegevens zij niet heeft ontvangen. Geometius is vervolgens blijven

proberen om de verbinding tot stand te brengen, hetgeen uiteindelijk wel is gelukt, maar niet binnen de daartoe gestelde termijn. Het Kadaster heeft Geometius vervolgens uitgesloten van verdere deelname aan de procedure.

Is voldoende informatie verstrekt?

Kernvraag in dit kort geding is of het Kadaster heeft voldaan aan haar verplichting om voldoende informatie te verstrekken aan Geometius als deelnemer aan de functietest.

In confesso is dat een authenticatieprotocol is vereist om een verbinding tussen een GNSS-ontvanger en de NETPOS-server tot stand te kunnen brengen. Onvoldoende betwist is de stelling van Geometius dat doorgaans zowel het PAP als het CHAP protocol – ook tegelijk en naast elkaar – kan worden gebruikt om de verbinding met een server tot stand te brengen. Ook zijn partijen het er over eens dat in het onderhavige geval – in afwijking van hetgeen gebruikelijk is – enkel gebruik kan en moest worden gemaakt van het protocol PAP en niet van de combinatie PAP en CHAP. Vast staat dat in de software (Windows Mobile 6.5) behorende bij de door Geometius aangeboden apparatuur standaard PAP en CHAP is ingesteld en dat er geen mogelijkheid bestaat om te wisselen tussen beide protocollen. Dit is alleen mogelijk als de software wordt aangepast.

Geometius zat aldus met een dubbel probleem om de verbinding met de NETPOS-server tot stand te brengen. Enerzijds de onbekendheid ermee dat die verbinding alleen via het PAP protocol tot stand kon worden gebracht. Anderzijds met software die zo was ingericht dat een server steeds tegelijk met PAP en CHAP wordt benaderd, zonder de mogelijkheid (anders dan door wijziging van de software) tussen alleen PAP of alleen CHAP te schakelen. Dat laatste is voor risico van Geometius. Dat laat onverlet dat bekendheid met het eerste van wezenlijk belang was. Dat betreft informatie die klaarblijkelijk niet algemeen bekend is of behoort te zijn en die in het domein van het Kadaster ligt. Daarbij is niet van belang of het technische probleem nu zat in de NETPOS-server instelling zelf of in de door KPN beheerde connectie met die server. Het staat in ieder geval vast dat het Kadaster ervan op de hoogte was dat de verbinding met de NETPOS-server alleen via het PAP protocol mogelijk was. Op het Kadaster als de aanbestedende dienst rustte daarom de verplichting om op een duidelijke manier inlichtingen hierover te verschaffen. Daaraan doet niet af dat Geometius uiteindelijk met lang genoeg zoeken ook zelf kan uitvinden dat een verbinding alleen via het PAP protocol kan. Van

haar – en andere inschrijvers – werd immers verwacht dat zij binnen enkele dagen de functietest zou doen. Met het oog op die beperkte tijd behoorde het Kadaster die informatie te verschaffen om Geometius een redelijke mogelijkheid te bieden die functietest binnen die korte tijd met goed gevolg af te leggen. Indien moet worden aangenomen dat het Kadaster dat niet heeft gedaan (zie hierna) heeft het in strijd met het transparantie- en/of gelijkheidsbeginsel gehandeld. De onzekerheid over het antwoord op de vraag of, als het Kadaster Geometius had geïnformeerd over de instelling van het protocol het Geometius dan wel was gelukt om de verbinding tijdig tot stand te brengen, dient voor rekening van het Kadaster te komen, nu geenszins kan worden uitgesloten dat Geometius de verbinding tijdig had kunnen maken. Uiteindelijk is het Geometius, weliswaar te laat, (met ingrijpen in de software) ook gelukt.

De vraag is nog of de relevante informatie door het Kadaster aan Geometius wel of niet is verstrekt. Vast staat dat het Kadaster op 27 oktober 2016 een e-mail met relevante informatie (waaronder die dat als protocol enkel PAP moest worden gebruikt) naar een verkeerd e-mailadres heeft gestuurd. Voldoende aannemelijk is dat deze e-mail Geometius niet heeft bereikt. Ook kan er niet van uit worden gegaan dat de betreffende informatie reeds tijdens de bijeenkomst op 25 oktober 2016 aan Geometius was verstrekt.

Beslissing

De voorzieningenrechter gebiedt het Kadaster onder meer om de aanbestedingsprocedure te heropenen en om Geometius opnieuw uit te nodigen voor fase 4 van de aanbestedingsprocedure door haar in staat te stellen de functietest alsnog te voltooien.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

GEOMETIUS B.V.,

statutair gevestigd en kantoorhoudende te Alphen aan den Rijn,

eiseres,

advocaat mr. J.W.A. Bergevoet te Leiden,

tegen

de publiekrechtelijke rechtspersoon

DIENST VOOR HET KADASTER EN DE OPENBARE REGISTERS,

zetelend te Apeldoorn,

gedaagde,

advocaat mr. M.J. Mutsaers te Zwolle,

waarin heeft gevorderd als tussenkommende partij,

althans voegende partij aan de zijde van het Kadaster, te worden toegelaten:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

LEICA GEOSYSTEMS B.V.,

gevestigd te Wateringen,

eiseres in het incident tot tussenkommst, althans voeging,

advocaten mrs. J.E. Janssen en S.M. Dielemans-Goossens te Amsterdam

De volledige uitspraak is te raadplegen op www.sdujurisprudentie.nl.

De gemeente heeft op de door de inschrijvers af te geven Eigen Verklaring alle verplichte en facultatieve uitsluitingsgronden aangekruist en daarmee van toepassing verklaard op deze aanbesteding.

Eiseres heeft op deze aanbesteding ingeschreven.

Na beoordeling van de inschrijvingen heeft de gemeente eiseres laten weten dat haar inschrijving als tweede is geëindigd en dat zij voornemens is de opdracht aan KPN te gunnen.

Eiseres stelt dat de gemeente zich bij het nemen van de nieuwe voorlopige gunningsbeslissing niet kon beperken tot het uitvoeren van een proportionaliteitstoets, maar gehouden was om aan alle uitsluitingsgronden te toetsen. Die toets dient er volgens eiseres toe te leiden dat de inschrijving van KPN wordt uitgesloten nog voordat de gemeente aan een proportionaliteitstoets kan toekomen. Eiseres stelt zich op het standpunt dat KPN zich niet alleen schuldig heeft gemaakt aan ernstige beroepsfouten, maar dat uit de Eigen Verklaring blijkt dat KPN hierover een valse verklaring heeft afgelegd. Bovendien is sprake van een derde uitsluitingsgrond, namelijk die van de onherroepelijke veroordeling.

Vonnis 30 september 2016

*De voorzieningenrechter heeft op 30 september 2016 in deze zaak vonnis gewezen (zaaknummer/rolnummer 418882 / KG ZA 16-523). In dit vonnis is geconcludeerd dat KPN ten aanzien van de faciliteit ISDN-lijnbeveiliging en *21 Online ernstige fouten in de uitoefening van haar beroep heeft begaan en dat daarom de facultatieve uitsluitingsgrond van artikel 2.87 lid 1 sub c Aw (ernstige beroepsfout) van toepassing is. De voorzieningenrechter heeft daarom beslist dat de voorlopige gunningsbeslissing moest worden ingetrokken, dat de inschrijving van KPN moest worden onderworpen aan een proportionaliteitstoets door het verwerkingsteam van de gemeente en dat de gemeente, indien zij de opdracht nog wenste te gunnen, na de herbeoordeling een nieuwe voorlopige gunningsbeslissing moest nemen. De gemeente is tot slot veroordeeld om een kopie van de door KPN ingevulde Eigen Verklaring aan eiseres te sturen en, indien zij de opdracht na de herbeoordeling nog steeds aan KPN wenst te gunnen en ten gunste van KPN een voorlopige gunningsbeslissing neemt, eiseres daarbij gemotiveerd mee te delen waarom de inhoud van de Eigen Verklaring en/of door KPN na inschrijving verstrekte informatie geen aanleiding geeft om KPN uit te sluiten.*

Integrale herbeoordeling

122

Voorzieningenrechter Rechtbank
Midden-Nederland

3 maart 2017, nr. C/16/418882/KG ZA 16-523,
ECLI:NL:RBMNE:2017:1076

(mr. Killian)

Noot mr. M.W. Speksnijder en mr. M. van den Brink

Uitsluiting. Ernstige fout in de uitoefening van het beroep. Proportionaliteit uitsluiting. Valse verklaring. Eigen verklaring. Herbeoordeling.

[Aanbestedingswet 2012 art. 2.87]

De gemeente Utrecht (hierna: de gemeente) heeft op 1 april 2016 een Europese openbare aanbesteding aangekondigd voor een "Workforce Management oplossing" (WFM-oplossing).

De gemeente en KPN stellen zich op het standpunt dat de gemeente zich op grond van het vonnis van 30 september 2016 kon beperken tot het uitvoeren van een proportionaliteitstoets en dat er dus geen integrale herbeoordeling van de inschrijving van KPN hoefde plaats te vinden.

De voorzieningenrechter volgt de gemeente en KPN niet in dit standpunt. De gemeente is in het vonnis immers ook veroordeeld om aan eiseres een kopie van de door KPN ingevulde Eigen Verklaring toe te sturen en, indien zij de opdracht na de herbeoordeling van de inschrijving van KPN nog steeds aan KPN wenste te gunnen en ten gunste van KPN een voorlopige gunningsbeslissing zou nemen, eiseres daarbij gemotiveerd mee te delen waarom de inhoud van de Eigen Verklaring en/of door KPN na inschrijving verstrekte informatie geen aanleiding geeft om KPN uit te sluiten. De gemeente kon zich dus niet beperken tot het uitvoeren van een proportionaliteitstoets.

Valse verklaring

Beoordeeld dient te worden of KPN in haar Eigen Verklaring een valse verklaring heeft afgelegd als bedoeld in artikel 2.87 lid 1 onderdeel e Aw. De voorzieningenrechter stelt vast, dat KPN door ondertekening van de Eigen Verklaring heeft verklaard dat er geen uitsluitingsgronden van toepassing zijn. Zij heeft geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om in paragraaf 7.1 te verklaren dat er een uitsluitingsgrond is waaraan niet is voldaan en toe te lichten waarom dit niet tot uitsluiting zou mogen leiden. KPN heeft wel gelijktijdig met de Eigen Verklaring een document genaamd 'Toelichting op Eigen Verklaring' op TenderNed ge-upload. Hierin verklaart KPN dat zij in de Eigen Verklaring naar waarheid heeft aangegeven dat er in de relevante periode geen sprake is geweest van ernstige fouten in de zin van artikel 2.87 Aw, maar attendeert zij de gemeente erop dat concurrenten in een eerdere situatie – die nog onder de rechter is – hebben geprobeerd de aanbestedende dienst ervan te overtuigen dat thans met de ACM lopende kwesties als een ernstige fout zouden moeten worden aangemerkt. Zij wijst de gemeente erop dat zolang een kwestie in rechte nog ter discussie staat, er niet van een inschrijver kan of mag worden verwacht dat hij verklaart dat hij een (ernstige) fout heeft gemaakt. Vervolgens licht KPN een drietal kwesties toe waarin de ACM aan KPN een boete heeft opgelegd.

De voorzieningenrechter stelt vast dat KPN in haar Eigen Verklaring ten onrechte heeft verklaard dat er op haar geen uitsluitingsgronden van toepassing zijn, nu in het vonnis van 30 september 2016 is

geoordeeld dat KPN ten aanzien van de facilititeit ISDN-lijnbevaking en *21 Online ernstige fouten in de uitoefening van haar beroep heeft begaan en dat daarom de facultatieve uitsluitingsgrond van artikel 2.87 lid 1 sub c Aw van toepassing is. De voorzieningenrechter is, daarbij aansluitend bij het arrest van het Gerechtshof Den Haag van 4 oktober 2016 (ECLI:NL:GHDHA:2016:2816) en het door eiseres overgelegde vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag van 31 oktober 2016 (KPN/Nationale Politie, C/09/515800/KG ZA 16/951), van oordeel dat in de gegeven omstandigheden voor een normaal opletend en redelijk geïnformeerd inschrijver als KPN er geen twijfel over kon bestaan dat de door de ACM beboete gedragingen ten aanzien van de ISDN-lijnbevaking en *21 Online kwalificeren als ernstige fout in de zin van artikel 2.87 lid 1 onder c Aw. Het moet voor KPN duidelijk zijn geweest dat de gedragingen ten aanzien van de ISDN-lijnbevaking en *21 Online in de Eigen Verklaring gemeld hadden moeten worden, ook als zij deze gedraging zelf niet als ernstige fout beschouwt en zij het met het oordeel van de ACM niet eens is. Gelet hierop moet worden geoordeeld dat KPN op dit punt in de Eigen Verklaring een valse verklaring heeft afgelegd.

De voorzieningenrechter is van oordeel dat aan het voorgaande niet afdoet dat KPN de gemeente door middel van een separate toelichting heeft geïnformeerd over de ACM-boetes. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter kan de door KPN gegeven toelichting niet kan worden aangemerkt als een toelichting bij de Eigen Verklaring, omdat in paragraaf 7.1 van de Eigen Verklaring geen verwijzing naar deze toelichting is opgenomen en het toevoegen van een bijlage bij de Eigen Verklaring alleen mogelijk is als het betreffende invulveld te weinig ruimte biedt en in het invulveld waarin naar de bijlage wordt verwezen duidelijk de titel van de bijlage is vermeld.

Doordat in de Eigen Verklaring geen verwijzing naar de toelichting is opgenomen, bestrijken de door ondertekening af te leggen verklaringen immers niet wat in de separate toelichting is vermeld. De toelichting zelf is bovendien niet ondertekend en uit de toelichting blijkt niet door wie zij is opgesteld.

Conclusie

Gezien het voorgaande is de voorzieningenrechter van oordeel dat KPN zich in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan het afleggen van een valse verklaring als bedoeld in artikel 2.87 lid 1 onderdeel e Aw. Nu voor het toepassen van een proportionali-

teitstoets ten aanzien van deze uitsluitingsgrond geen ruimte bestaat, had de gemeente de inschrijving van KPN op die grond moeten uitsluiten. De voorlopige gunningsbeslissing van 3 november 2016 kan daarom niet in stand blijven.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] B.V.,

gevestigd te [vestigingsplaats], eiseres in de hoofdzaak,

verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging,

advocaat mr. M.J.J.M. Essers te Amsterdam, tegen

de publiekrechtelijke rechtspersoon

GEMEENTE UTRECHT,

zetelend te Utrecht,

gedaagde in de hoofdzaak,

verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging,

advocaat mr. S.C. Brackmann te Rotterdam.

in welke zaak wenst tussen te komen:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

KPN B.V.,

gevestigd te 's-Gravenhage,

verzoekster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging,

advocaat mr. J.F. van Nouhuys te Rotterdam.

Partijen zullen hierna [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging], de gemeente en KPN genoemd worden.

1 De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 30 november 2016
- de producties van de zijde van [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging]
- de producties van de zijde van de gemeente
- de incidentele conclusie tot tussenkomst subsidiair voeging van KPN
- de brief van [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] van 15 februari 2017
- de mondelinge behandeling van 16 februari 2017

- de pleitnota's van [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging], de gemeente en van KPN.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2 Het incident

2.1. KPN vordert primair haar toe te staan tussen te komen in het kort geding tussen [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] en de gemeente en subsidiair haar toe te staan zich te voegen aan de zijde van de gemeente in dit kort geding, met veroordeling van [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] in de kosten van het incident.

2.2. [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] en de gemeente hebben tegen de vordering in het incident geen verweer gevoerd.

2.3. De primaire incidentele vordering van KPN strekkende tot tussenkomst in het geding tussen [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] en de gemeente is op de wet gegrond. KPN heeft bij haar vordering tot tussenkomst voldoende belang. [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] en de gemeente hebben ter zitting te kennen gegeven tegen deze incidentele vordering geen bezwaar te hebben. Deze vordering zal daarom worden toegewezen en KPN wordt toegelaten als tussenkomende partij. De proceskosten in het incident zullen worden gecompenseerd, in die zin dat elke partij haar eigen kosten in het incident zal hebben te dragen.

3 De feiten

3.1. De gemeente heeft op 1 april 2016 een Europese openbare aanbesteding aangekondigd voor een "Workforce Management oplossing" (WFM-oplossing). Op deze aanbesteding is de Aanbestedingswet 2012 (Aw) van toepassing zoals die op deze datum gold.

3.2. De gemeente heeft op de door de inschrijvers af te geven Eigen Verklaring alle verplichte en facultatieve uitsluitingsgronden aangekruist en daarmee van toepassing verklaard op deze aanbesteding. In deze procedure zijn met name de facultatieve uitsluitingsgronden 3.2., 3.3 en 3.5 van belang.

Ten aanzien van de uitsluitingsgrond 3.2 dient de inschrijver te verklaren dat tegen zijn onderneming of een bestuurder ervan in de vier jaar voorafgaand aan het tijdstip van het indienen van het verzoek tot deelneming of de inschrijving niet een onherroepelijk geworden rechterlijke uitspraak is gedaan op grond van overtreding van op hem van toepassing zijnde wet- of regelgeving wegens overtreding van een voor hem relevante beroepsgedragsregel.

Ten aanzien van de uitsluitingsgrond 3.3 dient de inschrijver te verklaren dat zijn onderneming, of een bestuurder ervan in de vier jaar voorafgaande aan het tijdstip van het indienen van het verzoek tot deelneming of de inschrijving in de uitoefening van zijn beroep niet een ernstige fout heeft begaan. Ten aanzien van uitsluitingsgrond 3.5 dient de inschrijver te verklaren dat zijn onderneming, bij het verstrekken van inlichtingen die door de aanbestedende dienst van hem waren verlangd in het kader van aanbestedingsprocedures, zich niet in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan valse verklaringen of zijn onderneming deze inlichtingen niet, of niet volledig heeft verstrekt.

In paragraaf 7 van de Eigen Verklaring is ruimte voor een toelichting van de onderneming voor zover niet aan de uitsluitingsgronden/eisen wordt voldaan.

3.3. [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] heeft op deze aanbesteding ingeschreven. Na beoordeling van de inschrijvingen heeft de gemeente [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] op 17 juni 2016 laten weten dat haar inschrijving als tweede is geëindigd en dat zij voornemens is de opdracht aan KPN te gunnen.

3.4. [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] heeft de gemeente op 7 juli 2016 in kort geding gedagvaard. KPN is in deze procedure tussengekomen. De voorzieningenrechter heeft op 30 september 2016 in deze zaak vonnis gewezen (zaaknummer/rolnummer 418882 / KG ZA 16-523). In dit vonnis is geconcludeerd dat KPN ten aanzien van de faciliteit ISDN-lijnbeveiliging en *21 Online ernstige fouten in de uitoefening van haar beroep heeft begaan en dat daarom de facultatieve uitsluitingsgrond van artikel 2.87 lid 1 sub c Aw (ernstige beroepsfout) van toepassing is. De voorzieningenrechter heeft daarom beslist

dat de voorlopige gunningsbeslissing moest worden ingetrokken, dat de inschrijving van KPN moest worden onderworpen aan een proportionaliteitstoets door het verwervingsteam van de gemeente en dat de gemeente, indien zij de opdracht nog wenste te gunnen, na de herbeoordeling een nieuwe voorlopige gunningsbeslissing moest nemen. De gemeente is tot slot veroordeeld om een kopie van de door KPN ingevulde Eigen Verklaring aan [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] te sturen en, indien zij de opdracht na de herbeoordeling nog steeds aan KPN wenst te gunnen en ten gunste van KPN een voorlopige gunningsbeslissing neemt, [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] daarbij gemotiveerd mee te delen waarom de inhoud van de Eigen Verklaring en/of door KPN na inschrijving verstrekte informatie geen aanleiding geeft om KPN uit te sluiten.

3.5. De gemeente heeft ter uitvoering van het vonnis de voorlopige gunningsbeslissing ingetrokken en [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] op 5 oktober 2016 een kopie toegestuurd van de door KPN ingevulde Eigen Verklaring en de toelichting van KPN op de Eigen Verklaring.

3.6. [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] heeft bij brief van 6 oktober 2016 op de Eigen Verklaring en de toelichting van KPN gereageerd. Zij heeft de gemeente er onder meer op gewezen dat KPN in de Eigen Verklaring ten onrechte heeft verklaard dat geen van de toepasselijke uitsluitingsgronden op haar van toepassing is en uitsluiting van de inschrijving van KPN niet disproportioneel is.

3.7. KPN heeft naar aanleiding van de brief van [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] bij schrijven van 26 november 2016 nadere informatie aan de gemeente verstrekt.

3.8. [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] heeft op 3 november 2016 een nieuwe voorlopige gunningsbeslissing van de gemeente ontvangen. De gemeente heeft [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] daarbij meegedeeld dat uitsluiting van KPN vanwege een

ernstige beroepsfout niet proportioneel is, dat de inhoudelijke beoordeling van de inschrijvingen geen onderwerp was van het vonnis en dat zij daarom voornemens is de opdracht aan KPN te gunnen.

3.9. [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] heeft bij brief van 16 november 2016 nogmaals toegelicht waarom de inschrijving van KPN volgens haar zou moeten worden uitgesloten. Op 17 november 2016 heeft hierover een gesprek met de gemeente plaatsgevonden. Dit heeft echter niet tot aanpassing van de voorlopige gunningsbeslissing geleid.

4 Het geschil

De vorderingen van [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging]

4.1. [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] vordert - samengevat - bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, de gemeente:

primair

a. te gebieden om binnen 48 uur na de datum van dit vonnis, althans binnen een door de voorzieningenrechter in goede justitie te bepalen termijn, de voorlopige gunningsbeslissing van 3 november 2016 in te trekken;

b. te verbieden de opdracht definitief aan KPN te gunnen, dan wel met KPN de concretiserings- en verificatiefase in te gaan;

c. te gebieden om binnen 48 uur na de datum van dit vonnis, althans binnen een door de voorzieningenrechter in goede justitie te bepalen termijn, de opdracht te gunnen aan [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging], voor zover de gemeente de opdracht nog altijd wenst te gunnen, dan wel met [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] de concretiserings- en verificatiefase in te gaan;

subsidiair

naast het primair onder a en b gevorderde:

c. te gebieden om binnen twee weken na de datum van dit vonnis, althans binnen een door de voorzieningenrechter in goede justitie te bepalen termijn, de inschrijving van KPN te laten beoordelen door een nieuw door de gemeente samen te stellen onafhankelijk beoordelingsteam, met inachtneming van dit vonnis;

d. te gebieden om binnen twee weken na de hiervoor gevorderde herbeoordeling (meer subsidiair onder b), althans binnen een door de voorzieningenrechter in goede justitie te bepalen termijn, een nieuwe voorlopige gunningsbeslissing te nemen;

meer subsidiair

naast het primair onder a en b gevorderde:

c. te gebieden om binnen twee weken na de datum van dit vonnis, althans binnen een door de voorzieningenrechter in goede justitie te bepalen termijn, alle gedane inschrijvingen te laten beoordelen door een nieuw door de gemeente samen te stellen onafhankelijk beoordelingsteam, met inachtneming van dit vonnis;

d. te gebieden om binnen twee weken na de hiervoor gevorderde herbeoordeling, althans binnen een door de voorzieningenrechter in goede justitie te bepalen termijn, een nieuwe voorlopige gunningsbeslissing te nemen;

uiterst subsidiair

elke andere voorziening te treffen die de voorzieningenrechter in goede justitie passend acht en die recht doet aan de belangen van [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging];

in alle gevallen

onder verbeurte van een dwangsom en met veroordeling van de gemeente in de kosten van de procedure en de nakosten, vermeerderd met wettelijke rente.

4.2. De gemeente voert verweer. Zij concludeert tot afwijzing van de vorderingen van [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging], met veroordeling van [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] in de proceskosten en de nakosten, vermeerderd met wettelijke rente. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

De vorderingen van KPN

4.3. KPN vordert bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

1. de vorderingen van [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] niet-ontvankelijk te verklaren althans deze af te wijzen, en voor zover nodig;

2. de gemeente te verbieden de opdracht aan een ander te gunnen dan aan KPN, voor zover de gemeente de opdracht nog wenst te gunnen en

[eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] te gebieden te gehengen en te gedogen dat de opdracht aan KPN wordt gegund;

3. [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] en de gemeente te veroordelen in de kosten van de procedure en de nakosten, vermeerderd met wettelijke rente.

4.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

5 De beoordeling

5.1. De spoedeisendheid van de zaak is uit het gestelde en gevorderde voldoende aannemelijk geworden.

Ten aanzien van de vorderingen van [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging]

5.2. [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] stelt dat de gemeente zich bij het nemen van de nieuwe voorlopige gunningsbeslissing niet kon beperken tot het uitvoeren van een proportionaliteitstoets, maar gehouden was om aan alle uitsluitingsgronden te toetsen. Die toets dient er volgens [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] toe te leiden dat de inschrijving van KPN wordt uitgesloten nog voordat de gemeente aan een proportionaliteitstoets kan toekomen. [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] stelt zich op het standpunt dat KPN zich niet alleen schuldig heeft gemaakt aan ernstige beroepsfouten, maar dat uit de Eigen Verklaring blijkt dat KPN hierover een valse verklaring heeft afgelegd. Bovendien is sprake van een derde uitsluitingsgrond, namelijk die van de onherroepelijke veroordeling.

5.3. De gemeente en KPN stellen zich op het standpunt dat de gemeente zich op grond van het vonnis van 30 september 2016 kon beperken tot het uitvoeren van een proportionaliteitstoets en dat er dus geen integrale herbeoordeling van de inschrijving van KPN hoefde plaats te vinden.

5.4. De voorzieningenrechter volgt de gemeente en KPN niet in dit standpunt. De gemeente is in het vonnis immers ook veroordeeld om aan [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] een kopie van de door KPN ingevulde Eigen Verklaring toe te sturen en, indien zij de

opdracht na de herbeoordeling van de inschrijving van KPN nog steeds aan KPN wenste te gunnen en ten gunste van KPN een voorlopige gunningsbeslissing zou nemen, [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] daarbij gemotiveerd mee te delen waarom de inhoud van de Eigen Verklaring en/of door KPN na inschrijving verstrekte informatie geen aanleiding geeft om KPN uit te sluiten. De aanleiding voor deze veroordeling was blijkens de rechtsoverwegingen 5.25 en 5.26 van het vonnis gelegen in de stelling van [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] dat het, gelet op de uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag van 9 juni 2016 (ECLI:NL:RBDHA:2016:6383), heel wel mogelijk is dat KPN ook in deze procedure valselijk heeft verklaard en dat zij op grond van het transparantiebeginsel recht heeft te verifiëren of KPN alle relevante besluiten van de ACM in de Eigen Verklaring heeft genoemd. De voorzieningenrechter heeft vervolgens vastgesteld dat de gemeente tot nu toe tegenover [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] niet transparant is geweest over de wijze waarop zij heeft beoordeeld of ten aanzien van KPN sprake is van uitsluitingsgronden en de eventuele consequenties daarvan. Geoordeeld is, dat er bij [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] naar aanleiding van het vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag van 9 juni 2016 gerechtvaardigde twijfel heeft kunnen ontstaan over de juistheid van de gunningsbeslissing en dat [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] op grond hiervan een gerechtvaardigd belang heeft om van de gemeente inlichtingen te krijgen om aan de hand daarvan na te kunnen gaan of de door de gemeente uitgevoerde beoordeling juist is geweest en om tegen het resultaat van deze beoordeling zo nodig beroep in te stellen. Gelet op deze overwegingen was de gemeente gehouden om naar aanleiding van de opmerkingen die [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] in haar brief van 6 oktober 2016 over de inmiddels door haar ontvangen Eigen Verklaring van KPN had gemaakt, te beoordelen of de inhoud van de Eigen Verkla-

ring van KPN aanleiding gaf om de inschrijving van KPN alsnog ongeldig te verklaren. De gemeente kon zich dus niet beperken tot het uitvoeren van een proportionaliteitstoets.

5.5. [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] heeft zich in haar brief van 6 oktober 2016 en in deze procedure op het standpunt gesteld dat KPN in haar Eigen Verklaring ten onrechte geen melding heeft gemaakt van het feit dat zij ernstige beroepsfouten heeft begaan en zich gelet hierop schuldig heeft gemaakt aan het afleggen van een valse verklaring als bedoeld in artikel 2:87 lid 1 onderdeel e, Aw. De omstandigheid dat KPN de gemeente door middel van een aparte toelichting heeft geïnformeerd over een drietal door de ACM opgelegde boetes, maakt dit volgens [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] niet anders, omdat deze toelichting geen deel uitmaakt van de Eigen Verklaring. [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] verwijst in dit verband naar de uitspraak van de van 9 juni 2016 van de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag (ECLI:NL:RBDHA:2016:6383).

5.6. De gemeente stelt zich op het standpunt dat KPN, gelet op de toelichting die zij samen met de Eigen Verklaring op TenderNed heeft ge-upload, geen valse verklaring met betrekking tot begane ernstige fouten heeft afgelegd. Zij wijst erop dat zij in de aanbestedingsstukken geen eisen heeft gesteld aan een toelichting bij de Eigen Verklaring of aan in te dienen documenten in het algemeen, zodat zij achteraf geen eisen daaromtrent mag introduceren. Deze zaak is in dit opzicht anders dan de zaak waarover de rechtbank Den Haag op 9 juni 2016 uitspraak heeft gedaan, aldus de gemeente. De gemeente stelt voorts dat deze uitspraak dateert van na de datum van indiening van de inschrijvingen, zodat zij deze uitspraak - als daar al reden toe was - niet kon of behoefde toe te passen. Zij verwijst ook naar rechtsoverweging 5.17 van het vonnis van deze rechtbank van 30 september 2016.

5.7. Volgens KPN volgt uit rechtsoverwegingen 5.14 en 5.17 van genoemd vonnis dat alleen de uitsluitingsgrond van een ernstige beroepsfout op haar inschrijving van toepassing kan zijn en dat geen sprake is van een valse verklaring.

5.8. In het vonnis van 30 september 2016 is in de rechtsoverwegingen 5.14. tot en met 5.17. het volgende overwogen:

“5.14. Gezien het voorgaande komt de voorzieningenrechter tot de conclusie dat KPN ten aanzien van de faciliteit ISDN-lijnbeveiliging en *21 Online ernstige fouten in de uitoefening van haar beroep heeft begaan en dat daarom de facultatieve uitsluitingsgrond van artikel 2.87 lid 1 sub c Aw van toepassing is.

Valse verklaringen

5.15. Op grond van artikel 2.87 lid 1, onderdeel e, Aw kan de aanbestedende dienst een inschrijver of gegadigde uitsluiten van deelneming aan een aanbestedingsprocedure indien de gegadigde of inschrijver zich in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan valse verklaringen bij het verstrekken van inlichtingen die door een aanbestedende dienst van hem waren verlangd of indien hij die inlichtingen niet heeft verstrekt.

5.16. [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] stelt zich op het standpunt, dat KPN zich blijkens eerdergenoemde uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag van 9 juni 2016 in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan het doen van een valse verklaring bij het verstrekken van gevraagde inlichtingen dan wel aan het niet of niet volledig verstrekken van die gevraagde inlichtingen door in strijd met de waarheid te verklaren dat zij gedurende een periode van vier jaar voorafgaand aan het indienen van de inschrijving in de uitoefening van het beroep een ernstige fout heeft begaan. [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] stelt dat het indienen van een valse verklaring gezien kan worden als een ernstige fout in de zin van artikel 2.87 lid 1, onderdeel c, Aw en een valse verklaring in de zin van artikel 2.87 lid 1, onderdeel e, Aw. Dit had voor de gemeente ook een reden moeten zijn om KPN uit te sluiten, aldus [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging].

5.17. De voorzieningenrechter merkt hierover op dat genoemde uitspraak pas na de inschrijving van KPN bekend is geworden. Deze uitspraak zal daarom, conform hetgeen hierover onder 5.9 is overwogen, bij de beoordeling buiten beschouwing worden gelaten. De op KPN betrekking hebbende uitsluitingsgronden die ten tijde van de inschrijving bekend waren, betreffen dus alleen

de overtredingen ten aanzien van de faciliteit ISDN-lijnbewaking en *21 Online. Deze kwalificeren niet als valse verklaringen.”

5.9. De voorzieningenrechter merkt op dat in het hierboven geciteerde 5.17. alleen is overwogen dat de vaststelling in de uitspraak van 9 juni 2016 van de rechtbank Den Haag dat KPN zich in die procedure in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan het doen van een valse verklaring, in de procedure die heeft geleid tot het vonnis van 30 september 2016 buiten beschouwing wordt gelaten omdat het vonnis van de rechtbank Den Haag pas na de inschrijving bekend is geworden. Daarnaast is overwogen dat de op KPN betrekking hebbende uitsluitingsgronden die ten tijde van de inschrijving bekend waren, alleen de overtredingen ten aanzien van de faciliteit ISDN-lijnbewaking en *21 Online betreffen en dat deze niet kwalificeren als valse verklaringen. De voorzieningenrechter heeft in de hierboven geciteerde overwegingen niet geoordeeld dat KPN in haar Eigen Verklaring geen valse verklaring heeft afgelegd. De voorzieningenrechter kon hierover destijds ook geen oordeel geven, omdat de door KPN ingevulde Eigen Verklaring in die procedure geen deel uitmaakte van de gedingstukken.

5.10. Gezien het voorgaande dient te worden beoordeeld of KPN in haar Eigen Verklaring, die inmiddels wel in het geding is gebracht, een valse verklaring heeft afgelegd als bedoeld in artikel 2.87 lid 1, onderdeel e, Aw. De voorzieningenrechter stelt vast, dat KPN door ondertekening van de Eigen Verklaring heeft verklaard dat er geen uitsluitingsgronden van toepassing zijn. Zij heeft geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om in paragraaf 7.1 te verklaren dat er een uitsluitingsgrond is waaraan niet is voldaan en toe te lichten waarom dit niet tot uitsluiting zou mogen leiden. KPN heeft wel gelijktijdig met de Eigen Verklaring een document genaamd ‘Toelichting op Eigen Verklaring’ op TenderNed ge-upload. Hierin verklaart KPN dat zij in de Eigen Verklaring naar waarheid heeft aangegeven dat er in de relevante periode geen sprake is geweest van ernstige fouten in de zin van artikel 2.87 Aw, maar attendeert zij de gemeente erop dat concurrenten in een eerdere situatie - die nog onder de rechter is - hebben geprobeerd de aanbestedende dienst ervan te overtuigen dat thans met de ACM lopende kwesties als een ernstige fout zouden moeten worden aangemerkt. Zij wijst de gemeente erop dat zolang een kwestie in rechte nog ter discussie staat, er

niet van een inschrijver kan of mag worden verwacht dat hij verklaart dat hij een (ernstige) fout heeft gemaakt. Vervolgens licht KPN een drietal kwesties toe waarin de ACM aan KPN een boete heeft opgelegd.

5.11. De voorzieningenrechter stelt vast dat KPN in haar Eigen Verklaring ten onrechte heeft verklaard dat er op haar geen uitsluitingsgronden van toepassing zijn, nu in het vonnis van 30 september 2016 is geoordeeld dat KPN ten aanzien van de faciliteit ISDN-lijnbewaking en *21 Online ernstige fouten in de uitoefening van haar beroep heeft begaan en dat daarom de facultatieve uitsluitingsgrond van artikel 2.87 lid 1 sub c Aw van toepassing is. De voorzieningenrechter is, daarbij aansluitend bij het arrest van het Gerechtshof Den Haag van 4 oktober 2016 (ECLI:NL:GHDHA:2016:2816) en het door [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] overgelegde vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag van 31 oktober 2016 (KPN/Nationale Politie, C/09/515800/ KG ZA 16/951), van oordeel dat in de gegeven omstandigheden voor een normaal oplettend en redelijk geïnformeerd inschrijver als KPN er geen twijfel over kon bestaan dat de door de ACM beboete gedragingen ten aanzien van de ISDN-lijnbewaking en *21 Online kwalificeren als ernstige fout in de zin van artikel 2.87 lid 1 onder c Aw. Het moet voor KPN duidelijk zijn geweest dat de gedragingen ten aanzien van de ISDN-lijnbewaking en *21 Online in de Eigen Verklaring gemeld hadden moeten worden, ook als zij deze gedraging zelf niet als ernstige fout beschouwt en zij het met het oordeel van de ACM niet eens is. Gelet hierop moet worden geoordeeld dat KPN op dit punt in de Eigen Verklaring een valse verklaring heeft afgelegd.

5.12. De voorzieningenrechter is van oordeel dat aan het voorgaande niet afdoet dat KPN de gemeente door middel van een separate toelichting heeft geïnformeerd over de ACM-boetes. Daarbij wordt het volgende in aanmerking genomen:

- In paragraaf 2.1. ‘Voorbereiding inschrijving’ van de door de gemeente gepubliceerde Inschrijvingsleidraad is bepaald: “De invulformulieren die u bij uw inschrijving moet uploaden zijn ter beschikking gesteld via TenderNed. U mag de opmaak en vorm van de (digitale) documenten niet aanpassen.”

- In paragraaf 3.2 'Beoordelingsprocedure' bij het kopje 'Fase 1: Toetsing geschiktheidseisen' is bepaald: "Aan de hand van het ondertekende document 'Eigen Verklaring', tezamen met het ondertekende document 'uitvoeringsverklaring onderaannemer' wordt geconstateerd dat u voldoet aan de in die verklaring genoemde geschiktheidseisen."

- In paragraaf 7 van de Eigen Verklaring is bepaald: "In de Eigen verklaring mogen geen tekstuele wijzigingen worden aangebracht. De ondertekenaar kan bij punt 7.1 verklaren dat er een uitsluitingsgrond en/of eis is waaraan niet voldaan is, met een toelichting waarom de onderneming van mening is dat het niet voldoen aan de uitsluitingsgrond en/of de eis, niet zou mogen leiden tot uitsluiting van de onderneming bij de aanbestedingsprocedure."

- Op grond van paragraaf 9 van de Eigen Verklaring dient de ondergetekende te verklaren: 9.1 dat hij deze verklaring en indien van toepassing de toegevoegde bijlage, onvoorwaardelijk en zonder enig voorbehoud heeft ondertekend; hij zich ervan bewust is dat het verstrekken van onjuiste of onvolledige informatie, door de aanbestedende dienst kan worden aangemerkt als een valse verklaring in de zin van punt 3.5 dan wel 4.9 uit deze Eigen verklaring en dat dit kan leiden tot een onvoorwaardelijke uitsluiting voor de resterende duur van de aanbestedingsprocedure;

9.2 er in de tekst van deze verklaring door hem geen wijzigingen zijn aangebracht;

9.3 de verklaring is ondertekend door een daartoe, blijkens het handelsregister vertegenwoordigingsbevoegde.

- Onderaan op pagina 10 van de Eigen Verklaring is bepaald:

"Het formulier dient volledig ingevuld en ondertekend te zijn alvorens het wordt ingediend. Indien dit formulier bij de invulvelden onvoldoende ruimte biedt, mag aan de Eigen verklaring een bijlage worden toegevoegd. In het invulveld waarin naar de bijlage wordt verwezen, dient dan duidelijk de titel van de bijlage te worden vermeld."

5.13. Uit de hierboven geciteerde bepalingen kan naar het oordeel van de voorzieningenrechter de conclusie worden getrokken dat de door KPN gegeven toelichting niet kan worden aangemerkt als een toelichting bij de Eigen Verklaring, omdat in paragraaf 7.1 van de Eigen Verklaring geen verwijzing naar deze toelichting is opgenomen en

het toevoegen van een bijlage bij de Eigen Verklaring alleen mogelijk is als het betreffende invulveld te weinig ruimte biedt en in het invulveld waarin naar de bijlage wordt verwezen duidelijk de titel van de bijlage is vermeld.

5.14. De voorzieningenrechter deelt niet het standpunt van de gemeente en KPN dat de toelichting desalniettemin in samenhang met de Eigen Verklaring moet worden beoordeeld en dat KPN gelet op de inhoud van deze stukken de facto geen valse verklaring heeft afgelegd. De voorzieningenrechter leidt uit de hierboven geciteerde bepalingen af dat de Eigen Verklaring op zichzelf moet worden beschouwd bij de vraag of daarin een valse verklaring is afgelegd. Doordat in de Eigen Verklaring geen verwijzing naar de toelichting is opgenomen, bestrijken de in paragraaf 9.1 tot en met 9.3 door ondertekening af te leggen verklaringen immers niet wat in de separate toelichting is vermeld. De toelichting zelf is bovendien niet ondertekend en uit de toelichting blijkt niet door wie zij is opgesteld.

5.15. Gezien het voorgaande is de voorzieningenrechter van oordeel dat KPN zich in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan het afleggen van een valse verklaring als bedoeld in artikel 2.87 lid 1, onderdeel e, Aw. Nu voor het toepassen van een proportionaliteitstoets ten aanzien van deze uitsluitingsgrond geen ruimte bestaat, had de gemeente de inschrijving van KPN op die grond moeten uitsluiten. De voorlopige gunningsbeslissing van 3 november 2016 kan daarom niet in stand blijven. De overige door [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] aangevoerde gronden behoeven geen verdere bespreking.

5.16. Nu de gemeente zich in deze procedure op het standpunt heeft gesteld dat [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] haar Eigen Verklaring niet rechtsgeldig heeft ondertekend en deze stelling en de consequenties daarvan verder geen onderdeel is geweest van het debat tussen partijen, zal de voorzieningenrechter niet de primaire vorderingen toewijzen die strekken tot gunning van de opdracht aan [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging]. De subsidiaire vorderingen komen wel voor toewijzing in aanmerking, met dien verstande dat de voorzieningenrechter niet zal bepalen dat er een herbeoordeling van de inschrijving van KPN dient

plaats te vinden, maar dat de gemeente - indien zij de opdracht nog wenst te gunnen - met inachtneming van dit vonnis een nieuwe gunningsbeslissing dient te nemen.

5.17. De gevorderde dwangsommen zullen op de in de beslissing weergegeven wijze worden toegevoegd.

Proceskosten

5.18. De gemeente en KPN zullen als de groten-deels in het ongelijk gestelde partijen hoofdelijk in de proceskosten van [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] worden veroordeeld en de gemeente in de kosten van de dagvaarding van € 79,81. De proceskosten aan de zijde van [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] worden begroot op:

- griffierecht 618,00

- salaris advocaat 816,00

Totaal € 1.434,00

5.19. De door [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] over deze proceskosten gevorderde wettelijke rente zal als volgt worden toegevoegd.

5.20. De nakosten, waarvan [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] betaling vordert, zullen op de in de beslissing weergegeven wijze worden toegevoegd.

Ten aanzien van de vorderingen van KPN

5.21. De voorzieningenrechter verwijst naar al hetgeen hiervoor is overwogen. Daaruit volgt dat de vorderingen van KPN zullen worden afgewezen.

5.22. Nu geen van partijen als de in het ongelijk gestelde partij is aan te merken, worden de proceskosten in het geding tussen KPN en de gemeente gecompenseerd, in die zin dat iedere partij haar eigen kosten draagt.

6 De beslissing

De voorzieningenrechter

In het incident

6.1. wijst de vordering van KPN tot tussenkomst toe;

6.2. compenseert de proceskosten in die zin dat iedere partij haar eigen kosten draagt;

In de hoofdzaak

6.3. gebiedt de gemeente om binnen vier werkdagen na de datum van dit vonnis de voorlopige gunningsbeslissing van 3 november 2016 in het kader van de aanbestedingsprocedure voor het leveren en implementeren van een WFM-oplossing in te trekken;

6.4. verbiedt de gemeente om de opdracht op basis van de voorlopige gunningsbeslissing definitief aan KPN te gunnen, dan wel met KPN de concretiserings- en verificatiefase in te gaan;

6.5. veroordeelt de gemeente om aan [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] een dwangsom te betalen van € 1.000,00 voor iedere dag of gedeelte daarvan dat zij na betekening van dit vonnis niet aan de in 6.3 of 6.4. uitgesproken hoofdveroordelingen voldoet, tot een maximum van in totaal € 25.000,00 is bereikt;

6.6. gebiedt de gemeente om, indien zij de opdracht nog steeds wenst te gunnen, een nieuwe voorlopige gunningsbeslissing te nemen;

6.7. veroordeelt de gemeente en KPN hoofdelijk in de proceskosten van [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging], die tot op heden worden begroot op € 1.434,00, en de gemeente in de kosten van de dagvaarding van € 79,81, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf de vijftiende dag na de datum van dit vonnis, dan wel vanaf de vijftiende dag na het verstrekken van de (bank)gegevens door [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] ten behoeve van de betaling indien dit pas na de datum van het vonnis gebeurt, tot de dag van volledige betaling;

6.8. veroordeelt de gemeente en KPN hoofdelijk, onder de voorwaarde dat zij niet binnen 14 dagen na aanschrijving door [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] volledig aan dit vonnis voldoen, in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op:

- € 131,00 aan salaris advocaat, vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW met ingang van de vijftiende dag na aanschrijving,

- te vermeerderen, indien betekening van het vonnis heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 68,00 aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van het vonnis, vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW met ingang van de vijftiende dag na betekening;

- 6.9. compenseert de proceskosten in het geding tussen KPN en de gemeente in die zin dat iedere partij haar eigen kosten draagt;
 6.10. verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad;
 6.11. wijst het meer of anders gevorderde af.

NOOT

Het belang van het vermelden van een (potentiële) ernstige fout in de Eigen Verklaring onderstreept
 Aan de reeks van uitspraken met betrekking tot de aan KPN opgelegde ACM-boetes heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland ("de voorzieningenrechter") recent een nieuwe uitspraak toegevoegd.¹ In deze uitspraak, die het vervolg is op de uitspraak van dezelfde voorzieningenrechter van 30 september 2016,² wordt – kort samengevat – geoordeeld dat KPN uitgesloten moet worden, omdat KPN in haar Eigen Verklaring ("EV") een valse verklaring heeft afgelegd.

In de uitspraak van 30 september 2016 oordeelde de voorzieningenrechter dat de gedragingen van KPN, die hebben geleid tot door de ACM opgelegde boetes, kwalificeren als een 'ernstige fout' in de zin van artikel 2.87 lid 1 sub c Aw 2012, zodat KPN in beginsel moest worden uitgesloten. De gemeente Utrecht werd verplicht (i) de gunningsbeslissing (tot gunning aan KPN) in te trekken, (ii) alsnog te beoordelen of de toepasselijkheid van deze uitsluitingsgrond – in het licht van het proportionaliteitsvereiste – tot uitsluiting moet leiden en (iii) de eiser, BrightContact, een kopie van de EV van KPN toe te sturen. De gemeente heeft een proportionaliteitstoets uitgevoerd, geconcludeerd dat uitsluiting van KPN

disproportioneel zou zijn en vervolgens (weer) gegund aan KPN. BrightContact heeft daarop wederom een kort geding aanhangig gemaakt.

De vraag die in dit kort geding voorligt is of de gemeente zich kon beperken tot het uitvoeren van een proportionaliteitstoets. De voorzieningenrechter beantwoordt die vraag ontkennend. De gemeente had namelijk moeten beoordelen of de inhoud van de EV van KPN aanleiding gaf om de inschrijving van KPN ongeldig te verklaren.

De voorzieningenrechter stelt vast dat KPN in haar EV ten onrechte niet heeft vermeld dat zij een 'ernstige fout' heeft begaan. Door te verklaren dat op haar geen uitsluitingsgronden van toepassing zijn, heeft KPN naar het oordeel van de voorzieningenrechter een 'valse verklaring' afgelegd, zodat ook de uitsluitingsgrond van artikel 2.87 lid 1 sub e Aw 2012 (oud) van toepassing is. Bij deze uitsluitingsgrond bestaat volgens de voorzieningenrechter geen ruimte voor het uitvoeren van een proportionaliteitstoets.

Dat KPN gelijktijdig met de EV een document genaamd 'Toelichting op Eigen Verklaring' heeft ingediend, leidt de voorzieningenrechter niet tot een ander oordeel. Die toelichting kwalificeert namelijk niet als een toelichting bij de EV, zo oordeelt de voorzieningenrechter, omdat in de EV geen verwijzing naar deze toelichting is opgenomen, deze niet is ondertekend en niet blijkt door wie zij is opgesteld. Wij verwachten overigens niet dat de voorzieningenrechter anders had geoordeeld, indien KPN – zonder te vermelden dat zij een ernstige fout heeft begaan – die verwijzing wel had opgenomen en de toelichting had voorzien van naam en rechtsgeldige handtekening. Het feit dat KPN niet in haar EV heeft vermeld dat zij een ernstige fout heeft begaan, kwalificeert volgens de voorzieningenrechter immers als een valse verklaring op grond waarvan KPN per definitie moet worden uitgesloten. Een toelichting kan in dat verband geen rol spelen, nu een proportionaliteitstoets daarbij niet aan de orde is.

Consequentie voor de praktijk?

De uitspraak van de voorzieningenrechter sluit aan bij de eerdere jurisprudentie over dit onderwerp. Belangrijk blijft dat inschrijvers iedere

- 1 Zie onder meer de uitspraken van de v.zr. Rechtbank Den Haag 9 juni 2016, «JAAN» 2016/163 m.nt. van mr. C.H. van Hulsteijn, Gerechtshof Den Haag 4 oktober 2016, «JAAN» 2016/246, m.nt. van mr. M.W. Speksnijder en E. Sneeuw en de voorzieningenrechter van de Rechtbank Midden-Nederland 30 september 2016, «JAAN» 2016/246, m.nt. van mr. M.W. Speksnijder en E. Sneeuw.
- 2 Zie V.zr. Rb. Midden-Nederland 30 september 2016, «JAAN» 2016/246, m.nt. van mr. M.W. Speksnijder en E. Sneeuw.

potentiële ernstige fout vermelden in de EV. Doet een inschrijver dat niet, dan leidt het enkele niet vermelden mogelijk al tot uitsluiting, zonder dat ruimte is voor een proportionaliteitstoets. In de EV – of in een bijlage waarnaar in de EV duidelijk wordt verwezen – kan worden toege- licht dat (toch) geen sprake is van een ernstige fout, althans dat uitsluiting niet proportioneel is.

M.W. Speksnijder,
advocaat bij CMS

M. van den Brink,
advocaat bij CMS

123

Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam
22 maart 2017, nr. C/10/519575/KG ZA 17-86,
ECLI:NL:RBROT:2017:2263
(mr. De Bruin)

Noot mr. dr. P. Heijnsbroek en mr. M. de Vette

**(On-)geldigheid inschrijving. Rechtsbescher-
ming. Rechtsverwerking. Belanghebbende.**

[Richtlijn 89/665/EG art. 1 lid 3]

Handelsonderneming SRD B.V. (hierna: SRD) is een grondwerkbedrijf. SRD heeft de afgelopen acht jaar grondwerkzaamheden verricht voor de gemeente Rotterdam, op basis van twee door SRD gewonnen aanbestedingen.

De gemeente Rotterdam is op 8 november 2016 een nationale openbare aanbestedingsprocedure gestart voor het verrichten van grondwerk.

Gunningscriterium is de laagste prijs (laagste fictieve som). SRD heeft ingeschreven op deze aanbesteding.

In het 'Proces-verbaal van opening van de inschrijvingen,' staat onder meer vermeld dat zes bedrijven hebben ingeschreven op de aanbesteding, dat SRD de laagste fictieve inschrijvingsom heeft en dat bij drie bedrijven sprake is van onregelmatigheden; deze drie bedrijven, waaronder SRD, hebben (onder meer) geen referenties ingediend.

SRD heeft de gemeente Rotterdam telefonisch verzocht om alsnog referenties in te mogen dienen. De gemeente Rotterdam heeft dit verzoek dezelfde dag schriftelijk afgewezen, onder verwijzing naar het hieromtrent bepaalde in de Leidraad.

SRD heeft bij e-mailbericht protest aangetekend tegen de weigering van de gemeente Rotterdam om SRD toe te staan alsnog een referentiedocument in te dienen, omdat uit jurisprudentie volgt dat een aanbesteder kan besluiten tot herstel van een klein vergrijp. SRD geeft daarbij aan dat zij het werk al zeven jaar naar tevredenheid verricht en dat de referentie waarover zij beschikt is afgegeven door de onderhavige dienst van de gemeente Rotterdam zelf.

De gemeente Rotterdam heeft bij brief van 9 januari 2017 aan SRD medegedeeld dat haar inschrijving ongeldig is verklaard omdat zij bij de gevraagde kerncompetenties geen referentie inclusief tevredenheidsverklaring van de opdrachtgever heeft ingediend en dat de gemeente Rotterdam voornemens is de overeenkomst te gunnen aan een andere inschrijver.

Rechtsverwerking

SRD heeft desgevraagd ter zitting bevestigd dat zij zich niet beroept op onterechte uitsluiting van haar inschrijving. Die kwestie valt derhalve buiten de bandbreedte van onderhavig geschil. Wel beroept SRD zich er op dat geen der inschrijvers in staat is om te voldoen aan de geschiktheidseis inzake de 600.000 ton, dat in zoverre sprake is van een geschiktheidseis die niet proportioneel is en dat de gemeente Rotterdam ten onrechte de desbetreffende referenties van de bedrijven met een geldige inschrijving heeft geaccepteerd.

De voorzieningenrechter is van oordeel dat SRD zich onvoldoende proactief heeft opgesteld. Van een adequaat handelend inschrijver mag worden verwacht dat zij zich proactief opstelt bij het naar voren brengen van bezwaren in het kader van een aanbestedingsprocedure. Voorzover SRD niet van tevoren heeft bemerkt dat de geschiktheidseis op het omzetten van 600.000 ton grond per jaar zag, komt dat voor haar rekening en risico.

Dit oordeel wordt niet anders nu SRD is uitgesloten van deelneming aan de aanbesteding. Zou de inschrijving van SRD niet ongeldig zijn verklaard, dan zou haar immers haar onvoldoende proactieve houding eveneens mogen worden tegengeworpen. Als SRD zich wel voldoende proactief zou hebben opgesteld, dan kan haar dat nog niet baten, op grond van het volgende.

Onderscheid moet worden gemaakt tussen de situatie waarin twee inschrijvers binnen dezelfde procedure de regelmatigheid van elkaars inschrijving betwisten en het geval waarin één van deze inschrijvers, zoals hier, inmiddels - rechtsgeldig - van deelname aan de aanbesteding is uitgesloten terwijl andere deelnemers dat niet zijn. Over deze

laatste situatie is in HvJ EU 21 december 2016, ECLI:EU:C:2016:988 (Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH und Caverion Österreich GmbH) geoordeeld: ‘Gelet op een en ander moet op de gestelde vraag worden geantwoord dat artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 aldus moet worden uitgelegd dat het zich er niet tegen verzet dat een inschrijver die bij een definitief geworden besluit van de aanbestedende dienst is uitgesloten van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht, het recht wordt ontzegd om beroep in te stellen tegen het besluit tot gunning van de betrokken overheidsopdracht en tegen de sluiting van de overeenkomst wanneer alleen de uitgesloten inschrijver en de opdrachtnemer een offerte hebben ingediend en de uitgesloten inschrijver stelt dat ook de offerte van de opdrachtnemer had moeten worden uitgesloten.’ De voorzieningenrechter gaat er op grond van dit arrest van uit dat SRD, als inschrijver die, naar zij zelf erkent althans niet betwist, een ongeldige inschrijving heeft ingediend, geen (rechts te respecteren) belang heeft om in rechte op te komen tegen de proportionaliteit van de onderhavige geschiktheidseis, respectievelijk de deugdelijkheid op dit punt van de overige inschrijvingen.

Beslissing

De voorzieningenrechter wijst het gevorderde af.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

HANDELSONDERMING SRD B.V.,

gevestigd te Uithoorn,

eiseres,

advocaten mr. A.A. Boot en mr. C.F. van der Vlis te Amsterdam,

tegen

de publiekrechtelijke rechtspersoon

GEMEENTE ROTTERDAM,

zetelend te Rotterdam,

gedaagde,

advocaat mr. J.A. de Rooij te Rotterdam.

1 De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 27 januari 2017
- de overgelegde producties
- de mondelinge behandeling op 8 maart 2017
- de pleitnota van SRD
- de akte eiswijziging (ter zitting) van SRD
- de pleitnota van de gemeente Rotterdam.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2 De feiten

2.1. SRD is een grondwerkbedrijf. SRD heeft de afgelopen acht jaar grondwerkzaamheden verricht voor de gemeente Rotterdam, op basis van twee door SRD gewonnen aanbestedingen.

2.2. De gemeente Rotterdam is op 8 november 2016 een nationale openbare aanbestedingsprocedure gestart voor het verrichten van grondwerk. De aanbesteding wordt beschreven in een document genaamd:

“Beheerwerkzaamheden Distributiecentrum RMO Besteknummer 1-017-16

Inschrijvingsleidraad

openbare procedure” (hierna te noemen: de Leidraad).

2.3. Gunningscriterium is de laagste prijs (laagste fictieve som). Inschrijving moet digitaal plaatsvinden, via het Aanbestedingsplatform van www.commerce-hub.com.

2.4. SRD heeft ingeschreven op deze aanbesteding.

2.5. In het “Proces-verbaal van opening van de inschrijvingen,” gedateerd 6 december 2016, staat onder meer vermeld dat zes bedrijven hebben ingeschreven op de aanbesteding, dat SRD de laagste fictieve inschrijvingsom heeft en dat bij drie bedrijven sprake is van onregelmatigheden; deze drie bedrijven, waaronder SRD, hebben (onder meer) geen referenties ingediend.

2.6. SRD heeft de gemeente Rotterdam op 8 december 2016 telefonisch verzocht om alsnog referenties in te mogen dienen. De gemeente Rotterdam heeft dit verzoek dezelfde dag schriftelijk afgewezen, onder verwijzing naar het hieromtrent bepaalde in de Leidraad.

2.7. SRD (in de persoon van de heer [persoon1]) heeft bij e-mailbericht van 9 december 2016 protest aangetekend tegen de weigering van de gemeente Rotterdam om SRD toe te staan alsnog een referentiedocument in te dienen, omdat uit jurisprudentie volgt dat een aanbesteder kan besluiten tot herstel van een klein vergrijp. SRD geeft daarbij aan dat hij het werk al zeven jaar naar tevredenheid verricht en dat de referentie waarover hij beschikt is afgegeven door de onderhavige dienst van de gemeente Rotterdam zelf.

2.8. De gemeente Rotterdam heeft bij brief van 9 januari 2017 aan SRD medegedeeld dat haar inschrijving ongeldig is verklaard omdat zij bij de gevraagde kerncompetenties geen referentie inclusief tevredenheidsverklaring van de opdrachtgever

heeft ingediend en dat de gemeente Rotterdam voornemens is de overeenkomst te gunnen aan een andere inschrijver.

3 Het geschil

3.1. SRD vordert, na akte eisenwijziging ter zitting: I. de gemeente Rotterdam te verbieden ter zake de aanbesteding van Beheerwerkzaamheden Distributiecentrum RMO, Besteknummer 1-017-16, welke aanbesteding is gestart op 8 november 2016, te contracteren met één van de aanbieders, op straffe van de verbeurte aan SRD van een dwangsom van € 500.000,-, althans een bedrag door de voorzieningenrechter in goede justitie te bepalen, voor het geval dat niet aan het vonnis wordt voldaan;

II alsmede de gemeente Rotterdam te gebieden de aanbesteding van Beheerwerkzaamheden Distributiecentrum RMO, Besteknummer 1-017-16, welke aanbesteding is gestart op 8 november 2016, per direct te staken en gestaakt te houden, op straffe van de verbeurte aan SRD van een dwangsom van € 10.000,-, althans een bedrag door de voorzieningenrechter in goede justitie te bepalen, per dag of dagdeel dat niet aan het vonnis wordt voldaan;

III. alsmede de gemeente Rotterdam te gebieden de opdracht, welke voorwerp is van de onder II genoemde aanbesteding, opnieuw aan te besteden indien en voorzover de gemeente Rotterdam de opdracht opnieuw wenst aan te besteden, op straffe van de verbeurte aan SRD van een dwangsom van € 10.000,-, althans een bedrag door de voorzieningenrechter in goede justitie te bepalen, per dag of dagdeel dat niet aan het vonnis wordt voldaan;

IV. alsmede de gemeente Rotterdam te veroordelen de in paragraaf 4.2.2 van de Leidraad genoemde referenties van Jac. Barendrecht Infra B.V., Loonbedrijf van Etten B.V. en Van der Helm Projecten B.V. aan SRD te verstrekken, op straffe van de verbeurte aan SRD van een dwangsom van € 10.000,-, althans een bedrag door de voorzieningenrechter in goede justitie te bepalen, per dag of dagdeel dat niet aan het vonnis wordt voldaan;

V. alsmede de gemeente Rotterdam te veroordelen in de kosten van het geding inclusief de nakosten, zulks met bepaling dat daarover wettelijke rente verschuldigd zal zijn met ingang van de 15e dag na datum van het vonnis.

SRD stelt daartoe het volgende.

3.2. Het werk waarvoor de aanbesteding is uitgeschreven houdt in dat in het distributiecentrum (slechts) circa 70.000 ton grond per jaar zal worden verwerkt. De Leidraad vereist echter als kerncompetentie 1 (onder 4.2.2 van de Leidraad) dat 600.000 ton per jaar wordt omgezet. Dit is disproportioneel. Een hoeveelheid van 600.000 ton is slechts aan de orde bij zeer grote infrastructurele projecten, zoals de aanleg van een snelweg. Dat is ook niet het soort werk dat de gemeente Rotterdam uitvoert. SRD heeft dit grote verschil in hoeveelheden niet van tevoren opgemerkt omdat haar verdienmodel niet is ingericht op hoeveelheden. SRD stelt personeel beschikbaar en wordt betaald op basis van uurtarieven.

SRD acht het onwaarschijnlijk dat de drie bedrijven die geldig hebben ingeschreven een referentie hebben kunnen afgeven waarin staat dat ervaring is opgedaan met de verwerking van 600.000 ton grond in een jaar. De referentie mag slechts zijn afgegeven door één opdrachtgever. Geen enkele gemeente verzet dergelijke hoeveelheden grond per jaar. Alleen zeer grote aannemingsbedrijven als BAM, Boskalis, Nedam en Volker Wessels zouden aan deze referentie-eis kunnen voldoen. Deze bedrijven hebben echter niet ingeschreven. De gemeente Rotterdam dient de referenties van de bedrijven met een geldige inschrijving over te leggen. SRD stelt dat deze inzagevordering voldoet aan de voorwaarden die art. 843a Rv. stelt voor overlegging van bescheiden.

3.3. De gemeente Rotterdam voert verweer.

3.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4 De beoordeling

4.1. Het spoedeisend belang volgt uit de aard van de zaak.

4.2. SRD heeft desgevraagd ter zitting bevestigd dat zij zich niet beroept op onterechte uitsluiting van haar inschrijving. Die kwestie valt derhalve buiten de bandbreedte van onderhavig geschil. Wel beroept SRD zich er op dat geen der inschrijvers in staat is om te voldoen aan de geschiktheids-eis inzake de 600.000 ton, dat in zoverre sprake is van een geschiktheids-eis die niet proportioneel is en dat de gemeente Rotterdam ten onrechte de desbetreffende referenties van de bedrijven met een geldige inschrijving heeft geaccepteerd.

4.3. In dit verband bepaalt art. 1.13 lid 1 Aanbestedingswet 2012: *“Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf stelt bij de voorbereiding en het tot stand brengen van een overeenkomst uitslui-*

tend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.” (het proportionaliteitsbeginsel).

4.4. Alvorens kan worden toegekomen aan de vraag of de gemeente Rotterdam een proportionele geschiktheidseis heeft gesteld, dient echter de vraag te worden beantwoord of SRD zich hierop kan en mag beroepen. Vast staat immers dat SRD voorafgaand aan haar inschrijving niet heeft geklaagd/geen vragen heeft gesteld aan de gemeente Rotterdam over deze kwestie. Bovendien is Zijnsra uitgesloten van verdere deelname aan de onderhavige aanbesteding, dit terwijl, in ieder geval in de optiek van de gemeente Rotterdam, een aantal andere inschrijvingen wel rechtsgeldig is.

4.5. De voorzieningenrechter is van oordeel dat SRD zich onvoldoende proactief heeft opgesteld. Van een adequaat handelend inschrijver mag worden verwacht dat zij zich proactief opstelt bij het naar voren brengen van bezwaren in het kader van een aanbestedingsprocedure. De inschrijver dient zijn bezwaren duidelijk naar voren te brengen en in een zo vroeg mogelijk stadium aan de orde te stellen, zodat eventuele onregelmatigheden desgewenst kunnen worden gecorrigeerd met zo min mogelijk consequenties voor het verdere verloop van de aanbestedingsprocedure. Aan die eis heeft SRD niet voldaan. Voorzover SRD niet van tevoren heeft bemerkt dat de geschiktheidseis op het omzetten van 600.000 ton grond per jaar zag, komt dat voor haar rekening en risico.

4.6. Een ander oordeel zou de onwenselijke consequentie kunnen hebben dat een inschrijver die reeds voorafgaand aan haar inschrijving een onregelmatigheid meent te bespeuren in de aanbestedingsstukken, er voor zou kunnen kiezen om eerst de uitslag van de aanbesteding af te wachten en zich pas over een gestelde onregelmatigheid gaat beklagen als het haar blijkt dat zij niet als eerste is geëindigd in de aanbesteding. De vereiste proactieve houding is bevorderlijk voor de - wenselijk te betrachten - voortvarendheid waarmee het openbaar bestuur zijn taken kan uitoefenen.

4.7. Dit oordeel wordt niet anders nu SRD is uitgesloten van deelneming aan de aanbesteding. Zou de inschrijving van SRD niet ongeldig zijn verklaard, dan zou haar immers haar onvoldoende proactieve houding eveneens mogen worden toegeworpen.

4.8. Als SRD zich wel voldoende proactief zou hebben opgesteld, dan kan haar dat nog niet baten, op grond van het volgende.

4.9. Onderscheid moet worden gemaakt tussen de situatie waarin twee inschrijvers binnen dezelfde procedure de regelmatigheid van elkaars inschrijving betwisten en het geval waarin één van deze inschrijvers, zoals hier, inmiddels - rechtsgeldig - van deelname aan de aanbesteding is uitgesloten terwijl andere deelnemers dat niet zijn. Over deze laatste situatie is in HvJ EU 21 december 2016, ECLI:EU:C:2016:988 (Bietergemeenschap Technische Gebäudebetreuung GsmBH und Caverion Österreich GmbH) geoordeeld: *“Gelet op een en ander moet op de gestelde vraag worden geantwoord dat artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 aldus moet worden uitgelegd dat het zich er niet tegen verzet dat een inschrijver die bij een definitief geworden besluit van de aanbestedende dienst is uitgesloten van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht, het recht wordt ontzegd om beroep in te stellen tegen het besluit tot gunning van de betrokken overheidsopdracht en tegen de sluiting van de overeenkomst wanneer alleen de uitgesloten inschrijver en de opdrachtnemer een offerte hebben ingediend en de uitgesloten inschrijver stelt dat ook de offerte van de opdrachtnemer had moeten worden uitgesloten.”*

De voorzieningenrechter gaat er op grond van dit arrest van uit dat SRD, als inschrijver die, naar zij zelf erkent althans niet betwist, een ongeldige inschrijving heeft ingediend, geen (rechtens te respecteren) belang heeft om in rechte op te komen tegen de proportionaliteit van de onderhavige geschiktheidseis, respectievelijk de deugdelijkheid op dit punt van de overige inschrijvingen.

4.10. SRD zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten van de gemeente Rotterdam. Deze kosten worden begroot op € 1.434,-, zijnde € 816,- aan salaris advocaat (standaard tarief kort geding volgens de Liquidatietarieven) en € 618,- aan griffierecht, nog te vermeerderen met de gevorderde wettelijke rente over de proceskosten, zij het slechts tot aan de dag der algehele voldoening van deze kosten.

5 De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. wijst het gevorderde af,

5.2. veroordeelt SRD in de proceskosten van de gemeente Rotterdam, tot op heden begroot op € 1.434,-, en vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 14 dagen na de datum van dit vonnis tot aan de dag der algehele voldoening,

5.3. verklaart de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

Het belang van een ongeldige inschrijver

In deze zaak verklaarde de gemeente Rotterdam de inschrijving van SRD ongeldig omdat zij geen referentie had ingediend voor de verwerking van 600.000 ton grond per jaar. SRD acht het onwaarschijnlijk dat de drie bedrijven die volgens de gemeente wel geldig zouden hebben ingeschreven, aan deze referentie-eis konden voldoen en vordert daarom onder meer inzage in de referenties van deze bedrijven.

Interessant aan deze uitspraak is dat de voorzieningenrechter, onder verwijzing naar een overweging in het arrest van het Europese Hof van Justitie van 21 december 2016,¹ oordeelt dat SRD vanwege haar ongeldig verklaarde inschrijving geen belang heeft om in rechte op te komen tegen de deugdelijkheid van de overige inschrijvingen. De voorzieningenrechter maakt hierbij het onderscheid tussen de situatie waarin twee inschrijvers binnen dezelfde procedure de regelmatigheid van elkaars inschrijvingen betwisten en het geval waarin één van deze inschrijvers van deelname aan de aanbesteding is uitgesloten, terwijl de andere deelnemers dat niet zijn. Nu volgens de voorzieningenrechter in het onderhavige geval sprake is van deze laatste situatie, zou het SRD aan een rechtens te respecteren belang ontbreken.²

De door de voorzieningenrechter aangehaalde overweging uit het arrest van het Hof is echter gebaseerd op een zodanig ander feitenrelaas, dat vraagtekens kunnen worden geplaatst bij het doortrekken van dat arrest naar de onderha-

vige zaak. Om dit nader te kunnen toelichten is van belang om een onderscheid te maken tussen de verschillende situaties waarin een (vermeend) ongeldige inschrijver zich kan bevinden.

I. Ongeldigheid komt vast te staan in afzonderlijke procedure

In de Oostenrijkse zaak die ten grondslag ligt aan bovenstaand arrest van het Hof waren er slechts twee inschrijvers. De klager, een consortium, werd bij afzonderlijk besluit uitgesloten van de aanbesteding en maakte bij de federale bestuursrechter bezwaar tegen die uitsluiting. Deze vordering werd door de rechter verworpen, waarna het consortium daartegen beroep instelde. Vervolgens nam de aanbestedende dienst het besluit om te gunnen aan de andere inschrijver. Het uitgesloten consortium startte een tweede procedure om op te komen tegen dat gunningsbesluit, wegens vermeende onrechtmatigheden in de offerte van de andere, winnende inschrijver. Kort daarop werd het beroep van het consortium tegen haar eigen uitsluiting verworpen, waardoor het consortium definitief was uitgesloten. Vanwege die definitieve uitsluiting kwam het Hof tot de conclusie dat het consortium op grond van de Oostenrijkse wet het recht kon worden ontzegd om – in de tweede procedure – tegen het gunningsbesluit op te komen. Met andere woorden, door het definitief vaststellen van de ongeldigheid van het consortium in de eerste procedure, kon zij in de tweede procedure niet meer opkomen tegen het gunningsbesluit aan de andere inschrijver.

II. Ongeldigheid komt vast te staan in procedure tegen gunningsbesluit

Een andere situatie doet zich voor als een ongeldige inschrijver de beoordeling van de geldige en winnende inschrijver aanvecht, waarna de voorzieningenrechter in de aanhangig gemaakte procedure de ongeldigheid van de klagende inschrijver bevestigt en niet aannemelijk wordt dat ook de winnaar ongeldig is. Het uitgangspunt is dan dat de ongeldige inschrijver geacht wordt niet te hebben ingeschreven. Hij wordt

1 HvJ EU 21 december 2016, zaak C-355/15 «JAAN» 2017/44.

2 Rb. Rotterdam 22 maart 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:2263, r.o. 4.9.

dan om die reden wegens een gebrek aan belang niet-ontvankelijk verklaard of zijn vorderingen worden om diezelfde reden afgewezen.³

III. In procedure tegen gunningsbesluit blijken alle inschrijvers ongeldig te zijn

Dit uitgangspunt lijdt uitzondering indien in de procedure tegen het gunningsbesluit blijkt dat niet alleen de klagende inschrijver terecht ongeldig is bevonden, maar dat ook alle overige inschrijvers ongeldig zijn.⁴

Hetzelfde geldt als de ongeldigheid van de klager (net als die van de overige inschrijvers) pas voor de rechter blijkt. Deze situatie deed zich voor in het Fastweb-arrest.⁵ In die Italiaanse zaak – met wederom slechts twee inschrijvers – beweerde zowel de winnende als de verliezende inschrijver dat de inschrijving van de ander ongeldig was. Geen van de inschrijvers was door de aanbestedende dienst ongeldig verklaard. De rechtbank constateerde echter dat beide inschrijvingen op dezelfde gronden niet voldeden. De complicatie in dat geval was dat op grond van Italiaanse rechtspraak de rechtbank eerst de geldigheid van de klagende inschrijver moest beoordelen, waardoor niet toegekomen zou worden aan de

klacht over de geldigheid van de winnende inschrijver omdat die eerste inschrijver geen procesbelang zou toekomen. Het Hof overwoog in dat verband dat nu beide inschrijvers de geldigheid van elkaars inschrijvingen ter discussie stelden, de één niet van rechtsbescherming mocht worden uitgesloten; beide inschrijvers hebben immers een rechtens te respecteren belang bij de uitsluiting van de inschrijving van de ander.

In het Fastweb-arrest werd aldus bevestigd dat een ongeldige inschrijver procesbelang kan hebben wanneer hij in diezelfde procedure stelt dat de winnende inschrijver óók ongeldig is. De Fastweb-zaak wijkt in zoverre af van de Oostenrijkse zaak, dat de uitgesloten inschrijver bij Fastweb niet eerder de geldigheid van zijn inschrijving had moeten aanvechten en zijn uitsluiting derhalve nog niet definitief was.⁶

Beoordeling in de onderhavige zaak

De vraag is in welke van bovenstaande situaties SRD zich bevond in de onderhavige zaak. De gemeente Rotterdam had op 9 januari 2017 aan SRD bericht dat haar inschrijving ongeldig was verklaard en dat de gemeente voornemens was te gunnen aan een andere inschrijver. SRD is daar binnen de Alcatel-termijn tegen opgekomen met het onderhavige kort geding.⁷ Anders dan in de Oostenrijkse zaak, was over de uitsluiting van SRD derhalve nog geen rechterlijk oordeel geveld, waardoor van een definitieve uitsluiting van SRD nog geen sprake was. Aangenomen moet worden dat daaraan niet wordt afgedaan door de omstandigheid dat SRD haar eigen ongeldigheid niet betwistte (maar enkel de geldigheid van de andere inschrijvers).

Het heeft er aldus sterk de schijn van dat de voorzieningenrechter ten onrechte meende dat SRD zich in een situatie bevond zoals die hierboven onder I. is beschreven in plaats van die onder III. Als alle door de gemeente als geldig aangemerkte inschrijvers inderdaad niet aan de referentie-eis voldeden en dus eigenlijk ongeldig

- 3 Zie Hof Leeuwarden 9 januari 2008, ECLI:NL:GHLEE:2008:BC1858 «JAAN» 2008/3; V zr. Rb. Middelburg 5 januari 2009, ECLI:NL:RBROE:2009:BG8823 «JAAN» 2009/1; V zr. Rb. Rotterdam 5 maart 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BH4997 «JAAN» 2009/20; Rb. Maastricht 4 februari 2010, ECLI:NL:RBMMAA:2010:BL1970 «JAAN» 2010/6. Zie over het onderscheid tussen niet-ontvankelijkheid of afwijzing van de vorderingen I.J. Berge e.a., 'Kroniek Europese en nationale jurisprudentie Aanbestedingsrecht 2015 en adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts', TA 2016/13, afl. 2, p. 78: "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."
- 4 Zie V zr. Rb. Leeuwarden 23 september 2009, ECLI:NL:RBLEE:2009:BJ8525 «JAAN» 2009/122, r.o. 6.3 en 6.9; V zr. Rb. Den Bosch 27 maart 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BW0035 «JAAN» 2012/78, r.o. 4.2.
- 5 HvJ EU 4 juli 2013, zaak C-100/12 (Fastweb) «JAAN» 2013/146, m.nt. mr. A.B.B. Gelderman.

- 6 HvJ EU 4 juli 2013, zaak C-100/12 (Fastweb) «JAAN» 2013/146, m.nt. mr. A.B.B. Gelderman.
- 7 Rb. Rotterdam 22 maart 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:2263, r.o. 1.1 en 2.8.

waren, had SRD een nieuwe kans op de opdracht kunnen forceren, omdat de gemeente dan slechts de mogelijkheid zou resteren om tot heraanbesteding over te gaan. Uit de uitspraak blijkt overigens niet of SRD voldoende had aangevoerd om die ongeldigheid van de overige inschrijvers aannemelijk te maken. Een inhoudelijke beoordeling daarvan door de voorzieningenrechter had evenwel op zijn plaats geleken.

P. Heijnsbroek,
advocaat bij Houthoff Buruma

M. de Vette,
advocaat bij Houthoff Buruma

124

Voorzieningenrechter Rechtbank
Noord-Holland
28 maart 2017, nr. C/15/253645/KG ZA 17-30,
ECLI:NL:RBNHO:2017:2329
(mr. Röell)

(On-)geldigheid inschrijving. Beoordeling gunningscriteria. Transparantie gunningscriteria. Belangenverstrengeling. Motivering gunningsbeslissing.

De gemeente heeft besloten de camping Broekerhaven te privatiseren. Zij wil door middel van een concessieovereenkomst de exploitatie, het beheer en het onderhoud van de camping opdragen aan een marktpartij. De gemeente heeft op 19 juli 2016 een aankondiging van een opdracht geplaatst op TenderNed. Omdat er volgens de gemeente geen acceptabele inschrijvingen waren ontvangen heeft zij besloten de procedure te staken. Vervolgens heeft de gemeente Milfarm Beheer B.V. (hierna: Milfarm), Zuiderzee Exploitatie B.V. c.s. (hierna: Zuiderzee c.s.), Europarcs B.V. (hierna: Europarcs) en Beheer & Exploitatievereniging Camping Broekerhaven uitgenodigd tot deelname aan een nationale onderhandelingsprocedure, zonder aankondiging.

Milfarm, Zuiderzee c.s. en Europarcs hebben tijdig een definitieve inschrijving ingediend. Bij brief van 23 december 2016 heeft de gemeente de inschrijvers in kennis gesteld van haar voornemen om de opdracht aan Europarcs te gunnen.

Milfarm en Zuiderzee c.s. vorderen afzonderlijk onder meer het voorlopige gunningsvoornemen in te trekken. Zij voeren – samengevat – aan:

- a. De inschrijving van Europarcs is niet geldig;*
- b. De beoordelingen van de inschrijvingen is niet op een juiste wijze geschied;*
- c. Er is sprake van een belangenconflict omdat [H.] heeft deelgenomen aan de beoordeling van de inschrijvingen, terwijl Europarcs behoort tot zijn opdrachtgevers. Daarnaast heeft in strijd met het aanbestedingsreglement contactpersoon [F.] uitgemakkt van de beoordelingscommissie;*
- d. De gunningsbeslissing is onvoldoende gemotiveerd.*

Inschrijving Europarcs ongeldig?

Milfarm en Zuiderzee c.s. betogen dat de inschrijving van Europarcs als ongeldig dient te worden aangemerkt omdat niet is gegund aan Europarcs zelf, maar aan een nog op te richten B.V. Dit betoog faalt. De gemeente heeft gegund aan Europarcs. Dit is een bestaande partij. Hoewel de gunningsbeslissing van 23 december 2016 ruimte laat voor onduidelijkheid heeft de gemeente nader toegelicht dat de toevoeging “(namens een nader te noemen meester (bedoeld wordt een nog op te richten dochter-b.v.)” in de gunningsbeslissing ziet op het voornemen van Europarcs om de exploitatie en het beheer van de camping op termijn onder te brengen bij een dochter/zusterbedrijf. Milfarm en Zuiderzee c.s. hebben onvoldoende onderbouwd waarom hieruit zou voortvloeien dat sprake is van een wezenlijke wijziging en (dus van) een ongeldige inschrijving.

Ook de stelling dat de inschrijving van Europarcs niet geldig is omdat sprake is van overschrijding van (de kadastrale grenzen van) het plangebied faalt. Het beperken van de exploitatie tot het grondgebied van de gemeente is geen in de aanbestedingsstukken opgenomen eis. Daarnaast is sprake van een dermate geringe overschrijding dat dit voor de gemeente geen reden behoefde te zijn om de aanbesteding als ongeldig aan te merken.

Onjuiste beoordeling?

Milfarm en Zuiderzee c.s. voeren aan dat de gemeente bij beoordeling van het subcriterium “Recreatief commerciële waarde” wat betreft het toekennen van scores van de beoordelingsprocedure is afgeweken van het systeem dat alleen 0, 15 of 30 punten worden gegeven, zoals vermeld in de tabel van hoofdstuk 3.2.2 van de inschrijvingsleidraad van 21 oktober 2016. Dit betoog faalt. In genoemd hoofdstuk staat expliciet vermeld “De tabel

geeft een minimum en maximum score, waarbij ook een inzicht is gegeven in tussenliggende beoordelingen. Overige opgaven worden lineair beoordeeld." Hieruit volgt de mogelijkheid om ook cijfers te geven tussen het genoemde minimum en maximum.

Daarnaast stellen Milfarm en Zuiderzee c.s. dat de gemeente wat betreft het subcriterium "Recreatief commerciële waarde" is afgeweken van de voorgeschreven beoordelingsprocedure, omdat uit de beoordelingsformulieren blijkt dat meer is beoordeeld op de mate van uitwerking van het plan en de financiële onderbouwing, dan op de mate van het uitstralings- en voorzieningenniveau van de camping in het plan. Ook deze stelling faalt. Van onjuistheden en/of onduidelijkheden, die plaats geven voor ingrijpen door de rechter is onvoldoende gebleken.

Zuiderzee c.s. betogen nog dat de gemeente bij de beoordeling een onjuiste, niet-transparante formule heeft gehanteerd, waarin niet alle eisen even zwaar wegen. Ook dit betoog gaat niet op. Op grond van de onderverdeling van het programma van eisen in sub- en sub-subeisen kan niet gezegd worden dat de gemeente de verwachting heeft gewekt dat alle eisen even zwaar zouden wegen.

Belangenverstrengeling

Naar het oordeel van de voorzieningenrechter is van belangenverstrengeling ten aanzien van [H.] onvoldoende gebleken. Ter gelegenheid van de mondelinge behandeling heeft de directeur van Europarcs, [I.], verklaard dat de opdracht die [H.] in het verleden voor Europarcs heeft uitgevoerd reeds geruime tijd geleden is afgerond en niets met onderhavige aanbesteding te maken heeft. Daar komt bij dat ter zitting naar voren is gekomen dat [H.], blijkbaar als een van de weinige specialisten op het gebied van recreatieparken, in het verleden ook Milfarm en Zuiderzee c.s. (direct of indirect) heeft geadviseerd. Voorts wijzen de beoordelingscijfers die [H.] heeft gegeven niet op bevooroordeeldheid van de zijde van [H.].

Milfarm en Zuiderzee c.s. hebben in dit verband voorts aangevoerd dat in strijd met het aanbestedingsreglement een contactpersoon ([F]) deel heeft uitgemaakt van de beoordelingscommissie. Zij baseren zich hier echter op het aanbestedingsreglement, behorend bij de inschrijvingsleidraad van 19 juli 2016. Deze leidraad is op de onderhavige procedure niet van toepassing.

Gunningsbeslissing onvoldoende gemotiveerd?

Volgens Milfarm en Zuiderzee c.s. is de gunningsbeslissing onvoldoende gemotiveerd omdat een motivering van de eindscores ontbreekt en de kenmerken en voordelen van Europarcs niet zijn benoemd. Ook dit betoog kan niet slagen. Uit de gunningsbeslissing, met als bijlagen het procesverbaal van beoordeling van de inschrijvingen, in combinatie met de in de inschrijvingsleidraad van 21 oktober 2016 beschreven norm voor toe te kennen scores en in combinatie met het beoordelingsformulier van Europarcs konden Milfarm en Zuiderzee c.s. de wijze waarop de beoordeling heeft plaatsgevonden voldoende toetsen en heeft de gemeente Milfarm en Zuiderzee c.s. voldoende geïnformeerd over de kenmerken en voordelen van Europarcs.

Beslissing

De voorzieningenrechter wijst de vorderingen af.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

MILFARM BEHEER B.V.,

gevestigd te Oterleek,
eiseres,

advocaat mr. A.J. van Heeswijck te Groningen,
tegen

de publiekrechtelijke rechtspersoon

DE GEMEENTE STEDE BROEC,

zetelend te Bovenkarspel,

gedaagde,

advocaat mr. S.C. Brackmann te Rotterdam,
en

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

EUOPARCS B.V.,

gevestigd te Apeldoorn,

eiseres in het incident tot tussenkomst/voeging, tevens eiseres in hoofdzaak,

advocaat mr. H.N. s' Jacob te Zwolle,

en in de zaak met zaaknummer / rolnummer
C/15/253648 / KG ZA 17-31 van

1. *de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid*

ZUIDERZEE EXPLOITATIE B.V.,

gevestigd te Wervershoof, gemeente Medemblik,

2. *de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid*

RUUD VAN LEEUWEN BEHEER B.V.,

gevestigd te Wervershoof, gemeente Medemblik,
eiseressen,

advocaat mr. B.M. Vijverberg te Diessen,
tegen

de publiekrechtelijke rechtspersoon

GEMEENTE STEDE BROEC,

zetelend te Bovenkarspel,

gedaagde,

advocaat mr. S.C. Brackmann te Rotterdam.

en

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

EUOPARCS B.V.,

gevestigd te Apeldoorn,

eiseres in het incident tot tussenkomst/voeging, tevens eiseres in hoofdzaak,

advocaat mr. H.N. s' Jacob te Zwolle,

De volledige uitspraak is te raadplegen op
www.sdujurisprudentie.nl.

125

Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam

6 april 2017, nr. C/10/520509/KG ZA 17-125,

ECLI:NL:RBROT:2017:2605

(mr. De Bruin)

Noot mr. dr. A.J. van Heeswijck

Voeging. Tussenkomst. Combinatie. Alcatel-termijn. Vertrouwensbeginsel. Gelijkheidsbeginsel. Intrekking gunningsbeslissing.

De gemeente Rotterdam heeft een Europese openbare aanbestedingsprocedure georganiseerd met betrekking tot het op afroep en naar behoefte treffen van maatregelen ter voorkoming of vermindering van milieuschade in de openbare ruimte.

De gemeente Rotterdam heeft bij brief van 21 december 2016 aan Strukton bericht dat de inschrijving van Strukton als eerste uit de bus was gekomen en dat zij voornemens was de opdracht te gunnen aan Strukton. Na een klacht van een andere partij heeft de gemeente Rotterdam aan Strukton medegedeeld dat het voornemen tot gunning aan Strukton wordt ingetrokken.

Strukton vordert onder meer om de in de intrekkingbrief vervatte beslissingen ongedaan te maken.

Tussenkomst/voeging

Het belang van de Combinatie, als inschrijver op de aanbesteding en - volgens de gemeente Rotterdam - ook de uiteindelijke winnaar daarvan, is gegeven. Om die reden heeft de voorzieningenrechter, partijen gehoord hebbend ter zitting, de tussenkomst/voeging door de Combinatie eveneens toegestaan. Aan de beslissing om de Combinatie toe te staan tot interventie doen niet af de bezwaren als zou niet de Combinatie maar alleen [bedrijf2] hebben ingeschreven op de aanbesteding. Ter zitting heeft de gemeente Rotterdam desgevraagd verklaard dat niet [bedrijf2], maar de Combinatie heeft ingeschreven op de aanbesteding. De voorzieningenrechter ziet vooralsnog geen reden om te twijfelen aan de juistheid van deze verklaring.

Klacht bij aanbestedende dienst na gunningsbeslissing

De voorzieningenrechter onderschrijft niet de stelling van Strukton dat, na het nemen van de (eerste) gunningsbeslissing, nog slechts met een

kort gedingprocedure kan worden opgekomen tegen deze gunningsbeslissing en dat een klacht bij de gemeente Rotterdam niet meer was toegestaan. Deze stelling vindt naar voorlopig oordeel geen steun in het recht. Een andersluidende opvatting zou er op neerkomen dat gedwongen rauwelijks moet worden gedagvaard, zelfs in die gevallen waar het voor een aanbesteder meteen duidelijk moet zijn dat een klacht terecht is.

Alcateltermijn

De voorzieningenrechter onderschrijft evenmin het standpunt van Strukton dat de gemeente Rotterdam rechtens gehouden was om een beslissing te nemen op de klacht binnen de Alcateltermijn. Er kan niet van een Alcateltermijn gesproken worden in het geval geen kort gedingprocedure aanhangig wordt gemaakt maar een klacht wordt ingediend bij de aanbesteder. De Alcateltermijn omvat geen opdracht, noch aan de voorzieningenrechter, noch aan de aanbesteder, om te beslissen binnen een bepaalde termijn.

Intrekken gunningsbeslissing

De voorzieningenrechter onderschrijft wel het standpunt van Strukton dat de beslissing van de gemeente Rotterdam om de eerste gunningsbeslissing in te trekken, een weinig deugdelijke motivering bevat. De reden waarom de klacht van de Combinatie gegrond is bevonden valt daarin niet terug te vinden. Het valt te betwijfelen of juist is het standpunt van de gemeente Rotterdam dat de vertrouwelijkheid van de inschrijving van de Combinatie zich heeft verzet tegen het verstrekken van een verdergaande motivering dan thans is gegeven.

De weinigzeggende motivering door de gemeente Rotterdam kan Strukton echter niet baten. De voorzieningenrechter acht immers de stellingname van de Combinatie voldoende steekhoudend om te oordelen dat de klacht van de Combinatie terecht gegrond is bevonden door de gemeente Rotterdam, op grond van het volgende.

De Combinatie heeft onweersproken gesteld dat zij op 2 van de 3 casus minder punten heeft gescoord onder meer omdat volgens de gemeente Rotterdam "foto's of een overzicht van de locatie zouden ontbreken." De Combinatie wijst er op dat dit verwijt van de gemeente Rotterdam in strijd is met paragraaf 5.6.2 van het Beschrijvend Document, waarin staat dat eventuele bijlagen vormvrij zijn. Voorts wijst de Combinatie op de scoretabel in het Beschrijvend Document, volgens welke 10 punten worden gescoord door middel van onderbouwing met bewijsstukken, maar dat ook zonder

bewijsstukken (zoals bijvoorbeeld foto's) alsnog 8 punten kunnen worden gescoord, mits (anderszins) goed onderbouwd.

De voorzieningenrechter acht deze stellingname een genoegzame verklaring voor de hogere puntentoekenning aan de Combinatie in tweede instantie.

Voor zover Strukton zich op het standpunt stelt dat het niet geoorloofd is om een door de aanbesteder genomen beslissing later van een aanvullende motivering te voorzien, kan haar dat niet baten. Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad volgt op zich wel dat een latere aanvulling van de in de afwijzingsbrief genoemde relevante redenen in beginsel niet mogelijk is (HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9233). Het gaat hier echter niet om een gunningsbeslissing maar om de intrekking daarvan en het is hier niet de gemeente Rotterdam, maar de Combinatie die duidelijk maakt waarom haar in tweede instantie terecht meer punten zijn toegekend. Indien de Combinatie zich niet jegens Strukton zou kunnen beroepen op de ondeugdelijkheid van de beoordeling van haar inschrijving dan zou dit al te zeer afbreuk doen aan de te betrachten effectieve rechtsbescherming in aanbestedingszaken.

In dit oordeel ligt besloten dat Strukton zich niet kan beroepen op de inhoud van een telefoongesprek tussen haar directeur en mr. [persoon1] op 18 januari 2017. Indien in dit gesprek namens de gemeente Rotterdam toezeggingen zouden zijn gedaan aan Strukton, dan is de Combinatie daar niet aan gebonden. In zoverre dient het vertrouwensbeginsel te wijken voor het gelijkheidsbeginsel tussen de inschrijvers.

Beslissing

De voorzieningenrechter wijst de vorderingen af.

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

*STRUKTON MILIEUTECHNIEK B.V.,
gevestigd te Utrecht,
eiseres,*

*advocaat mr. C.G. van Blaaderen en mr. C.R.V.
Lagendijk te Rotterdam,
tegen*

2. de publiekrechtelijke rechtspersoon

*GEMEENTE ROTTERDAM,
zetelend te Rotterdam,
gedaagde,*

*advocaten mr. J.E. Palm en mr. S.B. Groenwold
te Den Haag,
en met als interveniërende partijen*

3. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

*ECOLOSS PROJECT B.V.,
gevestigd te Rotterdam,*

advocaat mr. F.L. van der Eerden te Rotterdam,

4+5. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[bedrijf1],

gevestigd te Den Hoorn,

en de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[bedrijf2]

gevestigd te Hazerswoude-Dorp,

*advocaten mr. N.A. Keus en mr. T.A. Terlien te
Den Haag.*

Partijen zullen hierna Strukton, de gemeente Rotterdam, EcoLoss en, partijen sub 4 en 5 gezamenlijk, de Combinatie genoemd worden. Afzonderlijk zullen de partijen 4 en 5 [bedrijf1] en [bedrijf2] genoemd worden.

1 De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 9 februari 2017
- de overgelegde producties
- de incidentele conclusie tot tussenkomst van EcoLoss
- de incidentele conclusie tot tussenkomst, subsidiair voeging, van de Combinatie
- de mondelinge behandeling op 23 maart 2017 (gelijktijdig met de procedure C10/521302 / KG ZA 17-177)
- de pleitnota van Strukton
- de pleitnota van de gemeente Rotterdam
- de pleitnota van EcoLoss
- de pleitnota van de Combinatie.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2 De feiten

2.1. De gemeente Rotterdam heeft een openbare Europese aanbestedingsprocedure georganiseerd met betrekking tot het op afroep en naar behoefte treffen van maatregelen ter voorkoming of vermindering van milieuschade in de openbare ruimte. De aanbestedingsprocedure is geregeld in een document genaamd “Raamovereenkomst: beredderen van Milieu-incidenten 1-271-16” van 10 augustus 2016 (hierna te noemen: het Beschrijvend Document).

2.2. In het Beschrijvend Document staat onder meer dat als gunningscriterium wordt gehanteerd “de economisch meest voordelige inschrijving” (meer specifiek: laagste acceptabele bod), dat het werk een geraamde waarde vertegenwoordigt van circa € 350.000,- omzet per jaar, dat de raamovereenkomst zal worden gesloten voor twee jaar (met als oorspronkelijk beoogde ingangsdatum 1 november 2016) en met tweemaal een verlengingsmogelijkheid van telkens één jaar.

2.3. De gunningsmethodiek in het Beschrijvend Document komt op het volgende neer: inschrijvers moeten op drie verschillende casus aangeven hoe zij het desbetreffende (dreigende) milieuprobleem zouden oplossen. Voor elke casus kunnen maximaal 10 punten behaald worden. Er geldt een minimum score van 24 punten in totaal (de vastgestelde kwaliteitsdrempel). Een inschrijving met minder dan 24 punten wordt uitgesloten van verdere deelname. De opdracht zal worden gegund aan de inschrijver die voldoet aan de kwaliteitsdrempel en daarbij de laagste fictieve inschrijvingsom heeft.

2.4. Het Beschrijvend Document kent de navolgende twee regelingen over klachten en geschillen: “**4.2.9. Meldpunt Klachtenafhandeling Aanbesteden**”

Een Ondernemer of Combinatie kan indien hij het met deze aanbestedingsprocedure of een onderdeel daarvan niet eens is, en zijn vragen en of wijzigingsvoorstellen niet naar zijn tevredenheid zijn beantwoord, schriftelijk en gemotiveerd een klacht indienen bij het meldpunt Klachtafhandeling Aanbesteden. Een klacht is slechts ontvanke-lijk indien deze betrekking heeft op een aanbestedingsprocedure die valt binnen de werkingssfeer van de Aw en de Richtlijn.

De Aanbestedende Dienst behandelt de klacht conform de 'Standaard voor klachtafhandeling voor aanbestedende diensten en ondernemers.' Op de klachtafhandeling zijn de navolgende voorwaarden van toepassing:

1. Een klager dient zijn klacht per e-mail in bij het meldpunt Klachtafhandeling Aanbesteden ([mailadres]). In de klacht maakt hij duidelijk dat het over een klacht gaat en waarover hij klaagt en hoe volgens hem het knelpunt zou kunnen worden verholpen. De klacht bevat verder de dagtekening, naam en adres van de ondernemer en de aanduiding van de aanbestedingsprocedure.

2. Het meldpunt bevestigt zo spoedig mogelijk de ontvangst van de klacht.

3. Het meldpunt onderzoekt vervolgens, eventueel aan de hand van door de klager en de Aanbestedende Dienst aanvullend verstrekte gegevens, of de klacht terecht is. Het meldpunt begint zo spoedig mogelijk met dit onderzoek, zet dit voortvarend voort en houdt daarbij rekening met de planning van de aanbestedingsprocedure.

4. Indien de Aanbestedende Dienst na het onderzoek door het meldpunt tot de conclusie komt dat de klacht terecht of gedeeltelijk terecht is en de Aanbestedende Dienst corrigerende en/of preventieve maatregelen treft, dan deelt de Aanbestedende Dienst dit zo spoedig mogelijk schriftelijk mee aan de klager en worden ook de andere (potentiële) Inschrijvers, op de hoogte gesteld.

5. Indien de Aanbestedende Dienst na het onderzoek tot de conclusie komt dat de klacht niet terecht is, dan wijst hij de klacht gemotiveerd af en bericht hij de klager.

6. Indien de Aanbestedende Dienst nalaat om binnen een redelijke termijn op de klacht te reageren, dan kan de klager de klacht voorleggen aan de Commissie van Aanbestedingsexperts.

Het indienen van een klacht heeft in beginsel geen opschortende werking terzake van de aanbestedingsprocedure."

[...]

4.2.16. Voornemen tot gunning, definitieve gunning en geschillen

Na beoordeling van de Inschrijvingen en controle van de voor gunning in aanmerking komende Inschrijving maakt de Aanbestedende Dienst aan alle Inschrijvers door middel van een gunningsbeslissing schriftelijk en gelijktijdig bekend aan welke Inschrijver de Aanbestedende Dienst voornemens is de Raamovereenkomst te gunnen.

De gunningsbeslissing betreft een voornemen tot gunning en houdt dus geen aanvaarding in van de Inschrijving van de Inschrijver aan wie het gunningsvoornemen is uitgebracht. Zo spoedig mogelijk, maar niet eerder dan 20 kalenderdagen na verzending van de gunningsbeslissing treedt de Aanbestedende Dienst in contact met de Inschrijver aan wie het gunningsvoornemen is uitgebracht om tot daadwerkelijke gunning en sluiting van de Overeenkomst over te gaan.

Inschrijvers die bezwaren hebben tegen het gunningsvoornemen dienen dit kenbaar te maken door binnen 20 kalenderdagen na dagtekening van het gunningsvoornemen een civielrechtelijk kort geding aanhangig te maken bij de civiele rechter van de rechtbank te Rotterdam. Deze termijn geldt als vervaltermijn.

In het kader van de hiervoor genoemde geschillen uitgebrachte dagvaardingen worden door de Aanbestedende Dienst beschouwd als openbaar stuk. De Aanbestedende Dienst heeft het recht deze ter beschikking te stellen aan derden. Onder derden worden in ieder geval alle Inschrijvers verstaan."

2.5. Onder 5.6.2 (Gunningscriterium) van het Beschrijvend Document staat onder meer:

"De beoordeling van de hierboven opgenomen Casussen vindt plaats op een schaal van 0 t/m 10. Voor ieder Casus aspect wordt een cijfer van 0, 4, 6, 8 of 10 gegeven. Er worden alleen hele cijfers toegekend.

Richtlijn	Cijfer
Uitmuntend: uit de door de Inschrijver verstrekte Plan van aanpak blijkt dat volledig aan het doel van de Aanbestedende Dienst wordt beantwoord. De inhoud is duidelijk, concreet en goed onderbouwd met bewijsstukken en praktijkvoorbeelden.	10
Goed: uit de door de Inschrijver verstrekte Plan van aanpak blijkt dat grotendeels aan het doel van de Aanbestedende Dienst wordt beantwoord. De inhoud is duidelijk, concreet en goed onderbouwd.	8
Voldoende: uit de door de Inschrijver verstrekte Plan van aanpak blijkt dat in voldoende mate aan het doel van de Aanbestedende Dienst wordt beantwoord. De inhoud is duidelijk en concreet. 6 Onvoldoende: uit de door de Inschrijver verstrekte Plan van aanpak blijkt dat in onvoldoende mate aan het doel van de Aanbestedende Dienst wordt beantwoord. De inhoud is niet volledig duidelijk en concreet en/of irrelevant.	4
Slecht: uit de door de Inschrijver verstrekte Plan van aanpak blijkt dat niet of nauwelijks aan het doel van de Aanbestedende Dienst wordt beantwoord. De inhoud is in belangrijke mate onvolledig en onduidelijk en/of niet concreet.	0

[...]

Format indiening

Het Plan van aanpak, per Casus, dient in één document te worden ingediend en mag maximaal uit 10 pagina's, met lettertype Arial 10 punten, bestaan.

Eventuele bijlagen zijn vormvrij (tabellen, voorbeeldoffertes, 2D, 3D tekeningen, foto's, praktijkvoorbeelden, begeleiding met (audiovisuele) animaties, certificaten, enz. enz.)."

2.6. Strukton heeft ingeschreven op deze aanbesteding.

2.7. Volgens een proces-verbaal van opening van de inschrijvingen, waarin staat dat het slechts de ingekomen inschrijving registreert, is met de volgende prijzen ingeschreven (exclusief BTW):

- EcoLoss € 169.100,-
- Strukton € 123.000,-
- [bedrijf2] € 73.400,-
- [bedrijf3] € 352.500,-.

2.8. De gemeente Rotterdam heeft bij brief van 21 december 2016 aan Strukton bericht dat de inschrijving van Strukton als eerste uit de bus was gekomen en dat zij voornemens was de opdracht te gunnen aan Strukton.

2.9. De gemeente Rotterdam heeft op 16 januari 2017 het navolgende bericht geplaatst op het Aanbestedingsplatform:

"Naar aanleiding van de bovengenoemde procedure is een kort gedingprocedure aangespannen. Voor eventuele vragen kunt u contact opnemen met onze advocaat mevrouw [persoon1] , telefoon [...]

Wij houden u op de hoogte van de afhandeling."

2.10. Strukton heeft, bij monde van haar directeur D. Hillemans, vanwege het onder 2.9 genoemde bericht op 18 januari 2017 telefonisch contact opgenomen met mr. [persoon1] . Strukton heeft van dit gesprek een - niet door de gemeente Rotterdam

geaccordeerd - handgeschreven gespreksverslag opgemaakt. In dit verslag staat onder meer:

(ten aanzien van Ecoloss): "[persoon1] ziet geen probleem omdat het kort geding een dag te laat is aangespannen."

[...]

"Een andere partij heeft een klacht ingediend, maar geen kort geding gestart. Dit is dus sowieso geen probleem. Afgesproken is dat SRT (de voorzieningenrechter leest: Strukton) geen actie onderneemt. Niet nodig in de ogen van [persoon1] ."

2.11. De gemeente Rotterdam heeft bij brief van 20 januari 2017 aan Strukton medegedeeld, samengevat:

- één van de andere inschrijvers heeft een klacht ingediend;

- de klacht is onderzocht en daaruit is gebleken dat de inschrijving van de klager niet is beoordeeld op de wijze zoals dat volgens het beschrijvend Document had moeten plaatsvinden;

- het voornemen tot gunning aan Strukton wordt ingetrokken;

- alle inschrijvingen zullen opnieuw beoordeeld worden.

2.12. Strukton heeft de gemeente Rotterdam bij brief van 31 januari 2017 verzocht en zonodig gesommeerd om haar intrekking van het voornemen tot gunning aan [bedrijf2] in te trekken.

2.13. De gemeente Rotterdam heeft bij brief van 3 februari 2017 aan Strukton geantwoord dat een gunningsvoornemen nog geen wilsovereenstem-

ming inhoudt, ook niet na het verstrijken van de bezwaartermijn, en dat geen gevolg zal worden gegeven aan de sommatie.

2.14. De gemeente Rotterdam heeft bij brief van 9 februari 2017 aan Strukton medegedeeld dat Strukton na herbeoordeling als tweede was geëindigd en dat de gemeente Rotterdam voornemens is de opdracht aan [bedrijf2] te gunnen.

3 Het geschil

3.1. Strukton vordert, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad en op de minuut:

Primair

- de gemeente Rotterdam te gebieden om de in de Intrekingsbrief vervatte beslissingen -om alle inschrijvingen opnieuw te beoordelen en op basis daarvan een nieuwe gunningsbeslissing te nemen- ongedaan te maken, waaronder het intrekken van de

de voorgenomen gunning ten gunste van [bedrijf2] zoals bekend gemaakt in de

Tweede Gunningsbrief;

- de gemeente Rotterdam te gebieden om de in de Gunningsbrief vervatte voorgenomen gunning ten faveure van Strukton te laten herleven;

- de gemeente Rotterdam te verbieden om uitvoering te geven aan de Tweede Gunningsbrief;

- de gemeente Rotterdam te verbieden om de Opdracht aan een ander dan aan Strukton te gunnen;

Subsidiar

- de gemeente Rotterdam te gebieden om de in de Intrekingsbrief vervatte beslissingen -om alle inschrijvingen opnieuw te beoordelen en op basis daarvan een nieuwe gunningsbeslissing te nemen- ongedaan te maken, waaronder het intrekken van de voorgenomen gunning ten gunste van [bedrijf2] zoals bekend gemaakt in de Tweede Gunningsbrief;

- de gemeente Rotterdam te gebieden om binnen twee weken na de datum van dit vonnis de Intrekingsbrief deugdelijk te motiveren en daartegen rechtsbescherming open te stellen, met inachtneming van de termijnen uit het Beschrijvend Document en hetgeen de voorzieningenrechter bij vonnis bepaalt;

Zowel primair als subsidiar

- waarbij elk verbod en gebod van dit petitum aan de gemeente Rotterdam wordt opgelegd op straffe van verbeurte van een direct opeisbare dwangsom van EUR 1.000.000,-; en

- de gemeente Rotterdam te veroordelen in de kosten van deze procedure, een tegemoetkoming in de door Strukton gemaakte kosten van juridische bijstand daaronder begrepen, alsmede de nakosten ten bedrage van EUR 131,- zonder betekening en van

EUR 199,- met betekening van het in deze zaak te wijzen vonnis, met de aantekening dat als niet binnen twee weken na wijzing van het vonnis aan de

proceskostenveroordeling is voldaan daarover de wettelijke rente verschuldigd is.

Strukton stelt daartoe het volgende.

3.2. Intrekking van de oorspronkelijke gunningsbeslissing is in strijd met het aanbestedingsrechtelijke gelijkheidsbeginsel, met de precontractuele goede trouw en met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De klacht, die naar Strukton inschat waarschijnlijk is ingediend door [bedrijf2], gaf de gemeente Rotterdam niet het recht om op de beslissing tot gunning aan Strukton terug te komen. Inschrijvers die het niet eens waren met het voornemen tot gunning aan Strukton hadden (slechts) het recht om een kort gedingprocedure aanhangig te maken binnen 20 dagen, overeenkomstig paragraaf 4.2.16 van het Beschrijvend Document, maar niet om in plaats daarvan een klacht bij de gemeente Rotterdam in te dienen. De klachtenprocedure in paragraaf 4.2.9 van het Beschrijvend Document ziet niet op de periode na het nemen van de gunningsbeslissing, maar slechts op de periode voorafgaand aan inschrijving. Mr. [persoon1] heeft dit ook bevestigd in het telefoongesprek met Strukton op 18 januari 2017. Als mr. [persoon1] daarmee haar volmacht te buiten is gegaan dan komt dat voor risico van de gemeente Rotterdam.

Ook is in het telefoongesprek door mr. [persoon1] medegedeeld dat door een afgewezen inschrijver een klacht was ingediend maar dat deze inschrijver had nagelaten om tijdig, binnen de Alcateltermijn, een kort geding aanhangig te maken tegen de gunningsbeslissing.

Indien de gemeente Rotterdam wel het recht had om de oorspronkelijke gunningsbeslissing in te trekken, dan is deze intrekking niet deugdelijk gemotiveerd en dient de gemeente Rotterdam alsnog deugdelijk te motiveren.

Dit kort geding richt zich alleen op de intrekking van de oorspronkelijke gunningsbeslissing. Strukton heeft een separaat kort geding aanhangig gemaakt om de beslissing tot gunning aan [bedrijf2] aan te vechten.

Strukton heeft in haar pleitnota gesteld dat het recht van een aanbestedder om een gunningsbeslissing in te trekken komt te vervallen zodra de Alcateltermijn is verstreken. De Alcateltermijn kan weliswaar worden verlengd, maar dat is in dit geval niet geschied.

3.3. De gemeente Rotterdam voert verweer.

3.4. EcoLoss voert verweer. Ecoloss vordert, samengevat, afwijzing van de vorderingen van Strukton totdat de gemeente Rotterdam nader heeft onderzocht of Strukton, en niet EcoLoss, inderdaad het laagst acceptabele bod heeft neergelegd, met veroordeling van Strukton en de gemeente Rotterdam in de proceskosten.

3.5. De Combinatie voert verweer. De Combinatie vordert, samengevat, afwijzing van de vorderingen van Strukton en de Combinatie vordert een verbod om de opdracht aan een ander dan de Combinatie te gunnen.

3.6. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4 De beoordeling

4.1. Over de twee interventies wordt als volgt geoordeeld.

4.2. Ieder die een belang heeft bij een tussen andere partijen aanhangig geding, kan vorderen zich daarin te mogen voegen of daarin te mogen tussenkomen.

4.3. Het belang van Ecoloss, als inschrijver op de aanbesteding, is gegeven. Om die reden heeft de voorzieningenrechter, partijen gehoord hebbend ter zitting, de tussenkomst door Strukton toegestaan.

4.4. Het belang van de Combinatie, als inschrijver op de aanbesteding en - volgens de gemeente Rotterdam - ook de uiteindelijke winnaar daarvan, is eveneens gegeven. Om die reden heeft de voorzieningenrechter, partijen gehoord hebbend ter zitting, de tussenkomst/voeging door de Combinatie eveneens toegestaan. Hierna zal blijken dat het in dit geval om tussenkomst gaat.

4.5. Aan de beslissing om de Combinatie toe te staan tot interventie doen niet af de bezwaren van Strukton en van EcoLoss als zou niet de Combinatie, maar alleen [bedrijf2] hebben ingeschreven op de aanbesteding. Ter zitting heeft de gemeente Rotterdam desgevraagd verklaard dat niet [be-

drijf2] , maar de Combinatie heeft ingeschreven op de aanbesteding en dat, voor zover in het proces-verbaal van opening van de inschrijvingen of in correspondentie van de gemeente Rotterdam wordt gesproken van (alleen) [bedrijf2] , dit berust op niet meer dan een administratieve onzorgvuldigheid van de gemeente Rotterdam. De voorzieningenrechter ziet vooralsnog geen reden om te twijfelen aan de juistheid van deze verklaring, en dit des te minder nu de Combinatie ter zitting haar Uniforme Eigen Verklaring heeft getoond. Deze verklaring bleek eveneens ingevuld te zijn op naam van de twee bedrijven die samen de Combinatie vormen.

4.6. Dan wordt toegekomen aan de inhoudelijke beoordeling.

4.7. Het spoedeisend belang volgt uit de aard der zaak.

4.8. De voorzieningenrechter onderschrijft niet de stelling van Strukton dat, na het nemen van de (eerste) gunningsbeslissing, nog slechts met een kort gedingprocedure kan worden opgekomen tegen deze gunningsbeslissing en dat een klacht bij de gemeente Rotterdam niet meer was toegestaan. Deze stelling vindt naar voorlopig oordeel geen steun in het recht. Een andersluidende opvatting zou er op neerkomen dat gedwongen rauwelijks moet worden gedagvaard, zelfs in die gevallen waar het voor een aanbestedder meteen duidelijk moet zijn dat een klacht terecht is (vgl. rechtbank Amsterdam 29 maart 2011 ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ3352 en rechtbank Midden-Nederland 16 september 2016, ECLI:RBMNE:2016:5323). Het belang van de aanbestedder en van de klagende inschrijver om niet geconfronteerd worden met onnodige gerechtelijke procedures is in dit oordeel meegewogen.

4.9. De voorzieningenrechter onderschrijft evenmin het standpunt van Strukton dat de gemeente Rotterdam rechtens gehouden was om een beslissing te nemen op de klacht binnen de Alcateltermijn. Nog daargelaten dat niet van een Alcateltermijn gesproken kan worden gesproken in het geval geen kort gedingprocedure aanhangig wordt gemaakt maar een klacht wordt ingediend bij de aanbestedder, heeft het volgende te gelden. De stelling van Strukton komt ongerijmd voor. Op een klacht die luttele seconden voor het verstrijken van de (Alcatel)termijn zou worden ingediend zou in de optiek van Strukton beslist moeten worden binnen nog minder seconden. Dat kan niet de bedoeling zijn. De Alcateltermijn omvat

geen opdracht, noch aan de voorzieningenrechter, noch aan de aanbestede, om te beslissen binnen een bepaalde termijn (afgezien dan van de nodige voortvarendheid die verwacht mag worden bij het nemen van de beslissing).

4.10. De voorzieningenrechter onderschrijft wel het standpunt van Strukton dat de beslissing van de gemeente Rotterdam om de eerste gunningsbeslissing in te trekken, een weinig deugdelijke motivering bevat. De reden waarom de klacht van de Combinatie gegrond is bevonden valt daarin niet terug te vinden. Het valt te betwijfelen of juist is het standpunt van de gemeente Rotterdam dat de vertrouwelijkheid van de inschrijving van de Combinatie zich heeft verzet tegen het verstrekken van een verdergaande motivering dan thans is gegeven. De hierna te bespreken uitleg die de Combinatie hierover heeft gegeven, wijst daar geenszins op. Die nadere uitleg wijst er slechts op dat het procedureel onzorgvuldig is gegaan bij de beoordeling van de inschrijving van de Combinatie. Nergens blijkt uit dat schending van bedrijfsvertrouwelijke informatie van de Combinatie te duchten valt.

4.11. De weinigzeggende motivering door de gemeente Rotterdam kan Strukton echter niet baten. De voorzieningenrechter acht immers de stellingname van de Combinatie voldoende steekhoudend om te oordelen dat de klacht van de Combinatie terecht gegrond is bevonden door de gemeente Rotterdam, op grond van het volgende.

4.12. De Combinatie heeft onweersproken gesteld dat zij op 2 van de 3 casus minder punten heeft gescoord onder meer omdat volgens de gemeente Rotterdam “foto’s of een overzicht van de locatie zouden ontbreken.” De Combinatie wijst er op dat dit verwijt van de gemeente Rotterdam in strijd is met paragraaf 5.6.2 van het Beschrijvend Document, waarin staat dat eventuele bijlagen vormvrij zijn. Voorts wijst de Combinatie op de scoretabel in het Beschrijvend Document, volgens welke 10 punten worden gescoord door middel van onderbouwing met bewijsstukken, maar dat ook zonder bewijsstukken (zoals bijvoorbeeld foto’s) alsnog 8 punten kunnen worden gescoord, mits (anderszins) goed onderbouwd.

4.13. De voorzieningenrechter acht deze stellingname, die, zoals de Combinatie terecht stelt, zowel wat betreft de vormvrijheid van de gevraagde bewijsstukken als de scoresystematiek steun vindt

in het Beschrijvend Document, een genoegzame verklaring voor de hogere puntentoekenning aan de Combinatie in tweede instantie.

4.14. Overigens blijkt Strukton in zekere mate wel bekend met de reden waarom de gemeente Rotterdam de inschrijving van de Combinatie opnieuw heeft beoordeeld. Dit blijkt uit de pleitnota van Strukton. Daarin staat: *“De gemeente heeft gemeld dat zij aanvankelijk ten onrechte de score ‘goed’ aan [bedrijf2] had onthouden. Het ontbreken van voorbeeldfoto’s had niet tot de toekenning van een voldoende mogen leiden.”*

4.15. Voor zover Strukton zich op het standpunt stelt dat het niet geoorloofd is om een door de aanbestede genomen beslissing later van een aanvullende motivering te voorzien, kan haar dat niet baten. Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad volgt op zich wel dat een latere aanvulling van de in de afwijzingsbrief genoemde relevante redenen in beginsel niet mogelijk is (HR 07-12-2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9233). Het gaat hier echter niet om een gunningsbeslissing maar om de intrekking daarvan en het is hier niet de gemeente Rotterdam, maar de Combinatie die duidelijk maakt waarom haar in tweede instantie terecht meer punten zijn toegekend. Indien de Combinatie zich niet jegens Strukton zou kunnen beroepen op de ondeugdelijkheid van de beoordeling van haar inschrijving dan zou dit al te zeer afbreuk doen aan de te betrachten effectieve rechtsbescherming in aanbestedingszaken (vgl. voorzieningenrechter rechtbank Rotterdam 6 januari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:367).

4.16. In dit oordeel ligt besloten dat Strukton zich niet kan beroepen op de inhoud van een telefoongesprek tussen haar directeur en mr. [persoon1] op 18 januari 2017. Indien in dit gesprek namens de gemeente Rotterdam toezeggingen zouden zijn gedaan aan Strukton, dan is de Combinatie daar niet aan gebonden. In zoverre dient het vertrouwensbeginsel te wijken voor het gelijkheidsbeginsel tussen de inschrijvers. Het gelijkheidsbeginsel vereist onder meer dat de aanbestedingsprocedure verloopt met toetsing aan (louter) objectieve criteria, en dus niet op basis van toezeggingen in bilaterale telefoongesprekken met één van de inschrijvers. Afgezien hiervan betwist de gemeente Rotterdam dat zij in dit telefoongesprek enig gerechtvaardigd vertrouwen heeft gewekt bij Strukton. Het zou daarom bewijsoverlevering vergen om

te beoordelen wat er precies gezegd is in dit telefoongesprek en daartoe leent een kort gedingprocedure zich niet (goed).

4.17. De vorderingen van Strukton zullen dan ook worden afgewezen.

4.18. Volledigheidshalve tekent de voorzieningenrechter nog het volgende aan. Strukton heeft in de onderhavige kort gedingprocedure alleen de rechtmatigheid van de intrekingsbeslissing willen aanvechten. Daarnaast heeft Strukton, separaat, een andere kort gedingprocedure aanhangig gemaakt om de rechtmatigheid aan te vechten van de beslissing tot gunning aan de Combinatie. Die procedure is nog niet op zitting behandeld. Echter, door de interventie van de Combinatie is het partijdebat alsnog uitgebreid tot de rechtmatigheid van de beslissing tot gunning aan de Combinatie. Daarom wordt in de onderhavige procedure daarover toch een oordeel geveld en beslist, en wel ten voordele van de Combinatie. Of het dan nog zinvol is, respectievelijk geen strijd zal opleveren met de goede procesorde, om het tweede kort geding van Strukton doorgang te laten vinden is aan Strukton om te beoordelen.

4.19. Over de proceskosten wordt als volgt geoordeeld.

4.20. De proceskosten tussen Strukton en Ecoloss zullen, nu partijen over en weer deels in het ongelijk worden gesteld, worden gecompenseerd. Ecoloss wordt in het gelijk gesteld voor zover de vorderingen van Strukton worden afgewezen. Ecoloss wordt in het ongelijk gesteld voor zover zij aan haar vordering de voorwaarde verbindt dat de gemeente Rotterdam eerst nader onderzoek moet verrichten naar het laagst acceptabele bod. De voorzieningenrechter neemt in dit verband haar oordeel over uit het vonnis van heden over de onderhavige aanbesteding in de procedure waarin EcoLoss de eisende partij is (kenmerk C/10/521302 / KG ZA 17-177). In die procedure is geoordeeld, samengevat, dat de aanbesteder geen plicht maar slechts een bevoegdheid heeft om de inschrijving ongeldig te verklaren als sprake is van een abnormaal lage inschrijving en, voorts, dat een andere inschrijver (in dit geval EcoLoss) zich niet mag beroepen op de wettelijke regeling over de abnormaal lage inschrijving.

4.21. Strukton zal worden veroordeeld in de proceskosten van de gemeente Rotterdam en van de Combinatie. De proceskostenveroordeling zal, zo nodig ambtshalve, uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard. Wettelijke rente zal niet worden

toegewezen over de nakosten, nu ten aanzien van de nakosten niet nu al bekend is wanneer deze kosten gemaakt zullen worden en dus ook niet wanneer het verzuim met betrekking tot betaling van deze kosten zal intreden. De voorzieningenrechter stelt nog vast dat ten aanzien van de nakosten geen exploitkosten gevorderd worden, zodat die niet voor vergoeding in aanmerking komen. De proceskosten worden begroot op:

- zijdens de gemeente Rotterdam: € 1.434,-, zijnde 816,- aan salaris advocaat (standaard tarief kort geding volgens de Liquidatietarieven) en € 618,- aan griffierecht, nog te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de 15e dag na de datum van het onderhavige vonnis, zij het slechts tot aan de dag der algehele voldoening, en voorts vermeerderd met de gevorderde nakosten,

- zijdens de Combinatie: € 1.434,-, zijnde 816,- aan salaris advocaat (standaard tarief kort geding volgens de Liquidatietarieven) en € 618,- aan griffierecht, nog te vermeerderen met de gevorderde wettelijke rente vanaf 14 dagen na de datum van het onderhavige vonnis, zij het slechts tot aan de dag der algehele voldoening van deze kosten, en met de gevorderde nakosten.

5 De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. wijst het door Strukton gevorderde af,

5.2. wijst het door EcoLoss gevorderde af,

5.3. verbiedt de gemeente Rotterdam om de opdracht te gunnen aan een ander dan de Combinatie,

5.4. veroordeelt Strukton in de proceskosten van de gemeente Rotterdam, tot op heden begroot op € 1.434,-, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de 15e dag na de datum van het onderhavige vonnis tot aan de dag der algehele voldoening en voorts vermeerderd met nakosten ad € 131,- voor nasalaris zonder betekening, en, in geval betekening van het vonnis plaatsvindt, met € 68,-,

5.5. veroordeelt Strukton in de proceskosten van de Combinatie, tot op heden begroot op € 1.434,-, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 14 dagen na de datum van het onderhavige vonnis tot aan de dag der algehele voldoening en voorts vermeerderd met nakosten ad € 131,- voor nasalaris zonder betekening, en, in geval betekening van het vonnis plaatsvindt, met € 68,-,

5.6. bepaalt, in de verhouding tussen Strukton en EcoLoss, dat ieder der partijen de eigen proceskosten draagt,

- 5.7. verklaart de proceskostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad,
 5.8. wijst het meer of anders gevorderde af.

NOOT

Aanvulling motivering beslissing tot intrekking gunningsbeslissing

Inleiding

Deze zaak gaat over de intrekking van een gunningsbeslissing. De motivering van de intrekkingbeslissing schoot naar het oordeel van de voorzieningenrechter tekort. De voorzieningenrechter zag zich vervolgens gesteld voor de vraag of bij de beoordeling van de rechtmatigheid van een intrekkingbeslissing nog rekening mag worden gehouden met nadien aangevoerde argumenten.

Verbod op aanvulling motivering gunningsbeslissing

De HR heeft in 2012 in een tweetal arresten geoordeeld dat een latere aanvulling van de motivering van de gunningsbeslissing in beginsel niet mogelijk is.¹ Dit volgt volgens de HR uit art. 6 lid 1 Wira (thans art. 2.130 lid 1 Aanbestedingswet 2012), op grond waarvan de mededeling van de gunningsbeslissing 'de relevante redenen' moet bevatten. De Nederlandse wetgever heeft daarmee, zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis van de Wira,² verdergaande verplichtingen willen opleggen dan waartoe de Rechtsbeschermingsrichtlijnen verplichten.³ In-

gevolge art. 2bis van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen hoeft de mededeling van de gunningsbeslissing namelijk enkel een 'samenvattende beschrijving' van de relevante redenen te bevatten.⁴

Aanvulling motivering beslissing intrekking aanbesteding

In de rechtspraak is herhaaldelijk aan de orde gekomen of het verbod op het aanvullen van de motivering van de gunningsbeslissing tevens (analoog) van toepassing is op de beslissing van een aanbestedende dienst om een aanbesteding in te trekken. De opvattingen van voorzieningenrechters hierover lopen uiteen. Voorzieningenrechters van de Rechtbank Midden-Nederland stonden aanvulling van de gronden van de intrekkingbeslissing niet toe,⁵ terwijl de voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag aanvulling van de gronden van intrekkingbeslissing wel geoorloofd achtte en een beroep op de door de HR geformuleerde rechtsregel afwees.⁶

Zoals gezegd leidt de HR het verbod op het aanvullen van de motivering van de gunningsbeslissing af uit art. 6 lid 1 Wira (thans art. 2.130 Aanbestedingswet 2012), op grond waarvan de mededeling van de gunningsbeslissing 'alle relevante redenen' moet bevatten. Blijkens art. 1.1 Aanbestedingswet 2012 omvat het begrip 'gunningsbeslissing' tevens de beslissing van de aanbestedende dienst om de opdracht niet te gunnen. Betoogd zou daarom kunnen worden dat de betreffende rechtsregel tevens van toepassing is op de beslissing om de opdracht niet te gunnen en een aanbesteding in te trekken.

1 HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9231, ECLI:NL:HR:2012:BW9233, «JAAN» 2013/6, m.nt. Mutsaers, r.o. 3.14.

2 Kamerstukken II 2008/09, 32 027, nr. 3 (MvT), p. 6-7 en p. 18.

3 Richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken, Pb 1989, L 395/33 en Richtlijn 92/13/EEG van de Raad van 25 februari 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de communautaire voorschriften inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren

water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, Pb 1992, L 76/14. Beide richtlijnen zijn ingrijpend gewijzigd bij Richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007, Pb 2007, L 335/31.

4 HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9231, ECLI:NL:HR:2012:BW9233, «JAAN» 2013/6, m.nt. Mutsaers, r.o. 3.9.2.

5 Vzr. Rb. Midden-Nederland 11 januari 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:280, r.o. 4.8; Vzr. Rb. Midden-Nederland 15 februari 2013, ECLI:NL:RBMNE:BZ1349, r.o. 4.17.4.

6 Vzr. Rb. Den Haag 10 oktober 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:15717, «JAAN» 2014/9, m.nt. Damsma en Lombert.

Naar mijn mening is dit te kort door de bocht. De in art. 2.130 Aanbestedingswet 2012 neergelegde motiveringsplicht is namelijk toegespitst op de beslissing om de opdracht aan een bepaalde ondernemer te gunnen. Zo dient om te beginnen de mededeling van de gunningsbeslissing op grond van het eerste lid van art. 2.130 Aanbestedingswet 2012 naast de ‘relevante redenen’ tevens een nauwkeurige omschrijving van de opschortende termijn als bedoeld in art. 2.127 lid 1 Aanbestedingswet 2012 te bevatten. De opschortende termijn hoeft alleen voorafgaand aan het sluiten van de met de gunningsbeslissing beoogde overeenkomst in acht te worden genomen, niet tevens bij een beslissing tot intrekking van een aanbesteding. Voorts bepaalt het tweede lid van art. 2.130 Aanbestedingswet 2012 dat de in het eerste lid van dit artikel bedoelde ‘relevante redenen’ in ieder geval de kenmerken en relevante voordelen van de winnende inschrijving omvatten. Ook dit wijst erop dat de wetgever bij de formulering van art. 2.130 Aanbestedingswet 2012 enkel oog had voor de beslissing om een opdracht aan een bepaalde ondernemer te gunnen. Tot slot is bij de parlementaire behandeling van de Wira en later art. 2.130 Aanbestedingswet 2012 alleen aandacht besteed aan de motivering van de beslissing van de aanbestedende dienst om de opdracht aan een bepaalde ondernemer te gunnen. De beslissing tot intrekking van een aanbesteding is niet ter sprake gekomen.⁷

Een aanbestedende dienst is zonder meer gehouden een beslissing tot intrekking van een aanbesteding te motiveren.⁸ Maar voor een verbod om deze motivering in een later stadium aan te vullen, is naar mijn mening geen steun te vinden in de hiervoor besproken rechtspraak van de HR.

Aanvulling motivering beslissing intrekking gunningsbeslissing

De hierboven opgenomen uitspraak zag op een beslissing tot intrekking van een gunningsbeslissing. Voor dit type beslissing zijn in de Aanbestedingswet 2012 en de Aanbestedingsrichtlijn in het geheel geen specifieke voorschriften opgenomen.⁹ Een verplichting om een dergelijke beslissing te motiveren is mogelijk uit het algemene aanbestedingsrechtelijke beginsel van transparantie af te leiden of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, indien deze van toepassing zijn. Kennelijk heeft de voorzieningenrechter dit ook gedaan. Een (analoog) beroep op de rechtspraak over het verbod op het aanvullen van de motivering van een gunningsbeslissing is de voorzieningenrechter – in mijn ogen terecht – een brug te ver.

Conclusie en vuistregels voor de praktijk

Het is voor een aanbestedende dienst in beginsel niet mogelijk de motivering van een gunningsbeslissing aan te vullen. De arresten van de HR waaruit deze rechtsregel volgt ziet specifiek op de beslissing van de aanbestedende dienst om de opdracht aan een bepaalde ondernemer te gunnen. Die arresten lenen zich niet voor analoge toepassing op een beslissing tot intrekking van een aanbesteding of een beslissing tot intrekking van een gunningsbeslissing.

A.J. van Heeswijk,
zelfstandig advocaat te Groningen en tevens verbonden als docent aan de Rijksuniversiteit Groningen

7 Kamerstukken II 2008/09, 32 027, nr. 3 (MvT), p. 6-7 en p. 18; Kamerstukken II 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 94-95.

8 HvJ EU 14 december 2014, C-440/13 (Croce Amica One), r.o. 29-30; HvJ EG 18 juni 2002, C-92/00 (HI), r.o. 41.

9 Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG, Pb 2014, L 94/65.

126

Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag
25 april 2017, nr. C/09/527418/KG ZA 17-229,
ECLI:NL:RBDHA:2017:4255
(mr. Van Ham)

Technische specificaties. Uitvoeringsvoorwaarde. Belangenverstrengeling.

[Aanbestedingswet 2012 art. 1.10b, 2.87 lid 1]

Op 11 november 2016 heeft Erasmus Universitair Medisch Centrum Rotterdam (hierna: Erasmus MC) een Europese openbare aanbesteding gepubliceerd met het oog op het contracteren van een leverancier voor het leveren en installeren van multimedialoosvoorzieningen in 22 operatiekamers (OK) en 4 interventiekamers (IK), ten behoeve van een nieuw ziekenhuis. Als gunningscriterium wordt gehanteerd de economisch meest voordelige inschrijving. Op de aanbesteding hebben drie partijen ingeschreven, onder wie Brainlab Sales GMBH (hierna: Brainlab) en Inter Visuals Systems B.V. (hierna: Inter Visuals).

Bij brief van 19 januari 2017 heeft Erasmus MC aan Brainlab bericht dat de inschrijving van Inter Visual als de economisch meest voordelige is aangemerkt en dat zij voornemens is de opdracht aan Inter Visuals te gunnen, alsmede dat de inschrijving van Brainlab op de tweede plaats is geëindigd.

Bij brief van 6 februari 2017 heeft Brainlab bezwaar gemaakt tegen de gunningsbeslissing. In reactie hierop heeft Erasmus MC medegedeeld de bezwaartermijn op te schorten tot en met 21 februari 2017. Vervolgens heeft Erasmus MC op 16 februari 2017 aan Brainlab bericht geen reden te zien om de gunningsbeslissing te heroverwegen.

Ingevolge de in het PvE onder 12.1 vermelde eis, in verbinding met eis 12.2, moet door de inschrijvers een medisch gecertificeerd beeldscherm van 24" inch, met een geïntegreerde decoder, worden aangeboden. Brainlab stelt zich op het standpunt dat de inschrijving van Inter Visuals niet voldoet aan die eis en daaraan ook niet kan voldoen, aangezien Inter Visuals heeft ingeschreven met een beeldscherm van Advantech met een decoder van Technolution en ten tijde van het sluiten van de inschrijvingstermijn een 24" inch, medisch gecertificeerd, beeldscherm van Advantech met een geïntegreerde decoder (van Technolution) niet op de markt verkrijgbaar was. Daarmee kan de inschrijving van Inter Visuals – volgens Brainlab – ook niet

hebben voldaan aan de in het PvE onder 1.1, 1.4, 12.5 en 12.11 gestelde eisen, waarin om documentatie, specificaties, het merk, het type en originele datasheets wordt verzocht met betrekking tot het aangeboden beeldscherm. Van een niet bestaand product kan dat immers niet, aldus Brainlab.

Op zichzelf is niet in geschil dat Inter Visuals – ter voldoening aan eis 12.1 – heeft ingeschreven met een beeldscherm, met een geïntegreerde decoder, dat op het moment van de inschrijving nog niet beschikbaar was op de markt en derhalve ook nog niet medisch gecertificeerd was. Volgens Erasmus MC en Inter Visuals is dat echter niet relevant, omdat sprake is van een 'uitvoeringseis', zodat daaraan pas behoeft te worden voldaan op het moment van de uitvoering van de opdracht.

Daarmee is de kern van het geschil tussen partijen met betrekking tot de onderhavige eisen gegeven: is sprake van eisen waaraan moet (kunnen) zijn voldaan op het moment van de inschrijving, of van uitvoeringseisen.

Uitvoeringseisen

De in geschil zijnde eisen staan vermeld in het PvE. Blijkens de "Begrippenlijst" van het Aanbestedingsdocument zijn in het PvE opgenomen de specificaties waaraan de te leveren prestaties/producten moeten voldoen op het moment van de levering, dan wel de acceptatie van de levering. Voorts geeft het PvE zelf – voorafgaand aan de vermelding van de afzonderlijke eisen – uitdrukkelijk aan dat het gaat om eisen die worden gesteld aan de levering van de producten. Uit het voorgaande volgt onmiskenbaar, althans duidelijk, dat in het PvE uitvoeringseisen zijn opgenomen, waaraan (dus) nog niet behoeft te worden voldaan op het moment van de inschrijving. Door op het PvE – ondertekend – aan te geven dat met alle eisen akkoord wordt gegaan, geeft een inschrijver enkel aan dat hij instemt met de eisen en dat hij te zijner tijd – bij de uitvoering van de opdracht – aan die eisen zal voldoen. Brainlab heeft het voorgaande – als behoorlijk geïnformeerd en normaal oplettend – inschrijver ook moeten (kunnen) begrijpen.

Aan het voorgaande doet niet af het bepaalde in de paragrafen 4.4 en 4.5 van het Aanbestedingsdocument, waarop Brainlab zich beroept. Die paragrafen betreffen immers enkel de verificatie van de UEA, respectievelijk de toetsing aan de gunningseisen, terwijl uit het Aanbestedingsdocument niet kan worden afgeleid dat zij ook betrekking hebben op het PvE.

Verder is van belang dat Inter Visuals door middel van ondertekening van het PvE heeft aangegeven akkoord te gaan met het voldoen aan alle daarin

opgenomen eisen, alsmede dat Erasmus MC gemotiveerd heeft aangegeven dat Inter Visuals met betrekking tot het door haar te leveren beeldscherm documentatie, specificaties, het merk, het type en originele datasheets heeft verstrekt en dat daarvoor niet vereist is dat het beeldscherm (met een geïntegreerde decoder) al op de markt verkrijgbaar is, maar dat dat ook mogelijk is ten aanzien van een beeldscherm dat (in een vergevorderd stadium) van ontwikkeling is. Overigens heeft Erasmus MC aangegeven dat zij zal overgaan tot ontbinding van de met Inter Visuals te sluiten opdracht indien te zijner tijd blijkt dat Inter Visuals niet voldoet aan de in het PvE gestelde eisen. Er is geen aanleiding te veronderstellen dat Erasmus MC die toezegging – in het voorkomende geval – niet zal nakomen.

Belangenverstrengeling

Tot slot stelt Brainlab zich op het standpunt dat Inter Visuals moet worden uitgesloten van deelneming aan de aanbesteding op grond van artikel 2.87 lid 1 onder e Aanbestedingswet 2012, wegens belangenverstrengeling in de zin van artikel 1.10b van die wet. Daarbij beroept zij zich op een e-mailbericht van Advantech van 6 maart 2017, waarin wordt aangegeven dat Advantech, Technolution en een customer eind 2016 zijn gestart met de ontwikkeling van een beeldscherm met een ingebouwde decoder. Volgens Brainlab blijkt uit het bericht weliswaar niet wie die customer is, maar is het niet onaannemelijk dat daarmee Erasmus MC wordt bedoeld en dat die samenwerking betrekking heeft op de onderhavige aanbesteding. Erasmus MC heeft stellig betwist dat zij die customer is. Mede gelet hierop moet worden vastgesteld dat Brainlab haar stelling niet voldoende heeft onderbouwd, zodat deze in het bestek van dit kort geding niet voor juist kan worden gehouden.

Slotsom

De slotsom is dat de vorderingen van Brainlab zullen worden afgewezen.

de vennootschap naar Duits recht
 BRAINLAB SALES GMBH,
 gevestigd te München, Bondsrepubliek Duitsland,
 eiseres,
 advocaat mr. A. Stellingwerff Beintema te Rijswijk (ZH),
 tegen:
 de publiekrechtelijke rechtspersoon
 ERASMUS UNIVERSITAIR MEDISCH CENTRUM ROTTERDAM,
 zetelend te Rotterdam,
 gedaagde,
 advocaat mr. M.M. Fimerius te Eindhoven,
 waarin is tussengekomen:
 de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
 INTER VISUALS SYSTEMS B.V.,
 gevestigd te Duiven,
 advocaat mr. J. Zandberg te Nijmegen.

De volledige uitspraak is te raadplegen op www.sdujurisprudentie.nl.

127

Voorzieningenrechter Rechtbank Gelderland
 21 juli 2015, nr. 283380,
 ECLI:NL:RBGEL:2015:4409
 (mr. Boonekamp)

Openbare inschrijvingsprocedure. Onderhandse verkoop.

Het gaat in deze zaak kort samengevat om het volgende. De gemeente Nijmegen heeft in 2012 een verkoop bij openbare inschrijving gehouden voor een haar in eigendom toebehorend pand, het Opusgebouw. Drie partijen hebben een bod uitgebracht, te weten: DVG Vastgoed B.V. (hierna: DGV), Dornick en Cordeel/Grena. De gemeente Nijmegen heeft gegund aan Cordeel/Grena als hoogste bidder. Een koopovereenkomst met Cordeel/Grena is uiteindelijk niet geëffectueerd. In 2015 heeft de gemeente Nijmegen een vierde partij, die destijds niet had ingeschreven, na onderhandelingen bereid gevonden het Opusgebouw te kopen. De centrale stelling van DVG is dat de gemeente Nijmegen het gelijkheidsbeginsel heeft geschonden door buiten de eerdere inschrijvingsprocedure om met een vierde partij te onderhandelen over een koopover-

eenkomst en met die vierde partij ten slotte een koopovereenkomst te sluiten. Die stelling van DVG is erop gebaseerd dat de eerdere openbare inschrijvingsprocedure niet was geëindigd en na het afhaken van Cordeel/Grena door de gemeente Nijmegen verder gevolgd had moeten worden.

Beoordeling

Voor die stelling bestaan onvoldoende aanknopingspunten. Voorop staat dat er voor de gemeente Nijmegen geen wettelijke verplichting is de verkoop van een haar in eigendom toebehorend pand via een openbare inschrijving te doen plaatsvinden. Niet gesteld of gebleken is dat de gemeente Nijmegen daartoe anderszins verplicht zou zijn. Het staat de gemeente Nijmegen dus in beginsel vrij om onderhands te verkopen. De vraag die DVG aan de orde stelt is of dat de gemeente Nijmegen in dit geval nog vrijstond nadat eerder een verkoop bij openbare inschrijving had plaatsgevonden. In de Algemene Voorwaarden is niet specifiek geregeld hoe moet worden gehandeld indien een inschrijver aan wie is gegund jaren later alsnog afhaakt. Enige verplichting voor de gemeente Nijmegen om dan aan een van de overgebleven inschrijvers te gunnen of de openbare inschrijvingsprocedure opnieuw te volgen, valt daaruit niet af te leiden. Uit de Algemene Voorwaarden blijkt dat de gemeente Nijmegen niet tot gunnen is verplicht. Dat de gemeente Nijmegen wel verplicht zou zijn te gunnen aan een van de overgebleven inschrijvers nadat de inschrijver aan wie was gegund is afgehaakt, ligt dan niet voor de hand. Bovendien kan de gemeente Nijmegen de inschrijving zonder opgave van redenen afgelasten zolang nog geen gunning heeft plaatsgevonden. Het ligt voor de hand om aan te nemen dat na afhaken van degene aan wie is gegund een situatie intreedt waarin nog niet is gegund (aan een van de overgeblevenen). De gemeente Nijmegen kon ook in die situatie de inschrijving afgelasten. Bij gebreke van enig aanknopingspunt in de Algemene Voorwaarden moet worden aangenomen dat de openbare inschrijvingsprocedure was geëindigd met het afhaken van Cordeel/Grena en het voornemen van de gemeente Nijmegen onderhands te verkopen aan een vierde.

Beslissing

De rechtbank wijst het gevorderde af.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

DVG VASTGOED B.V.,

gevestigd te Nijmegen,
eiseres,

advocaat mr. F. Koster te Nijmegen,
tegen

de publiekrechtelijke rechtspersoon

GEMEENTE NIJMEGEN,

zetelend te Nijmegen,

verweerster,

advocaat mr. F.J.P. Delissen te Nijmegen.

De volledige uitspraak is te raadplegen op www.sdujurisprudentie.nl.

Commissie van Aanbestedingsexperts

128

Commissie van Aanbestedingsexperts
3 oktober 2016, Advies 368
(mr. Janssen, mr. Jansen, mr. Chen)
Zie noot mr. H.J. van der Horst

Behandeling klacht door Commissie. Toelaatbaarheid technische specificaties. Verstrekken inlichtingen.

[Aanbestedingsreglement Werken
2012 art. 2.4.9, 2.13; Reglement van de Commissie van Aanbestedingsexperts art. 7 lid 1 sub a]

Beklaagde heeft op 19 mei 2016 een nationale openbare procedure aangekondigd voor een overheidsopdracht voor werken met betrekking tot de vervanging van oevervoorzieningen van ca. 1,8 km.

Behandeling klacht door Commissie

Op grond van artikel 7 lid 1 sub a Reglement van de Commissie kan een klacht bij de Commissie worden ingediend door ondernemers die een opdracht willen verwerven. Deze bepaling noemt als voorbeelden (potentiële) gegadigden, (potentiële) inschrijvers en ook onderaannemers van (potentiële) inschrijvers.

De Commissie is van oordeel dat deze bepaling ruim moet worden uitgelegd in die zin dat niet alleen onderaannemers maar alle 'onderopdrachtnemers' van (potentiële) gegadigden of inschrijvers een klacht mogen indienen bij de Commissie. Nu klager een potentiële toeleverancier is van (potentiële) inschrijvers is niet relevant of klager over de technische bekwaamheid beschikt om te kunnen inschrijven op deze overheidsopdracht. De Commissie neemt de klacht dan ook in behandeling.

Warmgewalste stalen damwandplanken

De Commissie begrijpt de stellingen van klager aldus dat zij er van uitgaat dat beklaagde de opdracht had dienen te omschrijven door de levering van stalen damwandplanken uit te vragen en niet – zoals beklaagde heeft gedaan – de levering van warmgewalste stalen damwandplanken. Daarmee lijkt klager te veronderstellen dat beklaagde haar met de uitvoering van de opdracht beoogde doelstellingen zowel kan bereiken met het uitvragen van warmgewalste als koudgewalste stalen damwandplanken.

Naar het oordeel van de Commissie gaat klager met haar veronderstellingen er aan voorbij dat tussen de in de praktijk grofweg te onderscheiden drie categorieën damwandplanken, de warmgewalste damwandplank, de koudgewalste damwandplank en de koudgevormde damwandplank, wezenlijke verschillende materiaaleigenschappen bestaan. Het voorgaande betekent dat het warm productieproces resulteert in een product dat wezenlijk verschilt van een product uit een koud productieproces. Warmgewalst staal heeft kwalitatief betere eigenschappen die het voor bepaalde toepassingen meer geschikt maakt dan koudgewalst staal.

De Commissie gaat er van uit dat – gegeven de aard van de opdracht en de doelstellingen die beklaagde met de uitvoering daarvan voor ogen heeft – voormelde wezenlijke kwaliteitsverschillen voor beklaagde de aanleiding zijn geweest om de levering van warmgewalste stalen damwandplanken uit te vragen in plaats van louter stalen damwandplanken. De Commissie is in dat licht bezien van oordeel dat beklaagde de levering van warmgewalste stalen damwandplanken kon uitvragen in plaats van louter stalen damwandplanken.

Het voorgaande betekent dat de Commissie de klacht niet verder kan toetsen aan de relevante bepalingen, in het bijzonder artikel 2.4.9 Aanbestedingsreglement Werken 2012. Daarvoor is immers nodig dat de aanbestedende dienst in de aanbestedingsstukken melding heeft gemaakt van een bepaalde productie – in het onderhavige geval:

warmgewalste damwandplanken – terwijl er ook andere productiewijzen zouden bestaan – in het onderhavige geval: koudgewalste en koudgevormde damwandplanken – waarmee de aanbestedende dienst een gelijkwaardig resultaat zou kunnen bereiken. Zoals de Commissie hiervoor heeft geoordeeld, is dat laatste niet het geval.

Het voorgaande betekent dat de klacht ongegrond is.

Inlichtingenfase

Beklaagde zou er verstandiger aan hebben gedaan in de inlichtingenfase toe te lichten waarom zij voor warmgewalste damwandplanken heeft gekozen. De praktijk van verwijzing naar het bestek ter beantwoording van vragen, terwijl die vragen de in het bestek gemaakte keuzes ter discussie stellen, strookt naar het oordeel van de Commissie niet met de strekking van de in art. 2.13 Aanbestedingsreglement Werken 2012 vermelde verplichtingen van de aanbestedende dienst.

Advies

De Commissie acht de klacht ongegrond.

Het volledige advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts is te raadplegen op www.commissievanaanbestedingsexperts.nl.

129

Commissie van Aanbestedingsexperts
14 oktober 2016, Advies 374
(mr. Janssen, mr. Jansen, mr. Chen)

Digitaal aanbestedingsplatform. Afbreken procedure op TenderNed.

Beklaagde heeft op 10 juni 2016 een nationale niet-openbare aanbestedingsprocedure op TenderNed en TED aangekondigd van een overheidsopdracht voor werken tot reconstructie van een fort (een rijksmonument). Uit de aankondiging op TenderNed blijkt dat het om een nationale aanbestedingsprocedure gaat. Uit de aankondiging op TED blijkt dat het om een Europese aanbestedingsprocedure gaat. Het werk omvat onder meer het uitvoeren van grondwerk, het realiseren van een toegangsbrug en het realiseren van een uitkijktoren. De opdracht is op TenderNed aangeduid als 'Fort X'.

Beklaagde heeft op 16 juni 2016 een rectificatie gepubliceerd waarin staat dat de publicatie ten onrechte op TED is geplaatst en dat de publicatie wordt beëindigd. Klager heeft deze regel over het hoofd gezien en beklagde heeft nagelaten het betreffende aanbestedingsdashboard in TenderNed te sluiten. Hierdoor heeft klager haar aanmelding per abuis in het verkeerde dashboard ingediend. Omdat klager het selectiebesluit lang vond duren heeft zij op 27 juli 2016 middels een bericht via TenderNed bij beklagde geïnformeerd naar de status van de selectie. Binnen 2 uur na ontvangst van dat bericht heeft beklagde vervolgens telefonisch contact opgenomen met klager met de mededeling dat klager haar stukken in het verkeerde dashboard heeft ingediend. Vervolgens kreeg klager bericht dat zij niet meer als gegadigde kon meedoen in de tweede aanbestedingsprocedure. Beklaagde stelt het betreffende dashboard te hebben gesloten en dat deze niet meer toegankelijk is. Dat is volgens klager echter niet het geval. Op 28 juli 2016 heeft klager contact gezocht met PIANOO, die klager heeft doorverwezen naar TenderNed. TenderNed heeft aangegeven dat het dashboard nog steeds geopend en bereikbaar was en dat het technisch niet mogelijk is dat na beëindiging van een procedure op TenderNed, het dashboard bereikbaar is voor welke partij dan ook. Klager stelt dat het dashboard nog open is en dat beklagde via deze omgeving communiceert met klager. Klager meent daarom dat er nu feitelijk nog sprake is van een lopende aanbestedingsprocedure.

Klager voert aan dat er sprake is van een slecht gevolgde procedure. Ook is het duidelijk dat klager haar aanmelding abusievelijk in het verkeerde dashboard heeft geplaatst.

Klager wil dat beklagde de huidige selectieprocedure opschort en alsnog haar aanmelding in behandeling neemt.

Kennisgeving

Indien een aanbestedende dienst een aanbestedingsprocedure voortijdig wenst te beëindigen, kan hij dat alleen doen met het formulier 'Kennisgeving van aanvullende informatie, over een onvolledige procedure of rectificatie'. De titel van de kennisgeving en de plaats in de kennisgeving waar de aanbestedende dienst melding maakt van de beëindiging dragen niet heel erg bij aan de gewenste helderheid van communicatie. Van dit verplicht te gebruiken formulier kan de titel en plaats van de relevante inlichtingen echter niet worden gewijzigd. Wel had beklagde beter kunnen kiezen voor de melding 'De gunningsprocedure is afgebroken'.

Ook had beklagde de voortijdige beëindiging van de aanbestedingsprocedure in beter voor het voetlicht kunnen brengen.

De Commissie is van oordeel dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige gegadigden op grond van de kennisgeving van 16 juni 2016 hadden moeten begrijpen dat de aanbestedingsprocedure werd beëindigd. Bij een 'Kennisgeving van aanvullende informatie, over een onvolledige procedure of rectificatie' zullen de gegadigden heel alert moeten zijn. Als de betekenis van de publicatie hen niet duidelijk was, hadden zij navraag moeten doen bij beklagde. Ook behoort het tot hun verantwoordelijkheid nieuwe aankondigingen in de gaten te houden.

Aangezien het normaal gesproken technisch niet meer mogelijk zou moeten zijn om na beëindiging van een aanbestedingsprocedure een aanmelding in TenderNed in te dienen, mocht ook beklagde daarvan uitgaan. Ook in dat licht had beklagde er op mogen vertrouwen voldoende transparant te hebben gehandeld.

Dit betekent dat de eerste aanbestedingsprocedure (Fort X) voortijdig is beëindigd. In het licht van het voorgaande komt het indienen van een aanmelding in de reeds beëindigde aanbestedingsprocedure voor risico van klager.

De Commissie is van oordeel dat beklagde niet was gehouden de beëindigde aanbestedingsprocedure in de gaten te blijven houden. Op het moment dat beklagde ontdekte dat klager een aanmelding had ingediend in de beëindigde aanbestedingsprocedure heeft zij klager zo snel mogelijk geïnformeerd dat klager de stukken in het verkeerde dashboard had ingediend. Beklaagde hoefde klager niet te informeren over de selectieprocedure in de tweede aanbestedingsprocedure (Fort X plaatsnaam), omdat klager geen gegadigde in die procedure was.

Advies

De Commissie acht de klacht ongegrond.

Aanbeveling

Niettegenstaande de eigen verantwoordelijkheid van gegadigden en inschrijvers om goed op te letten, dient een aanbestedende dienst – mede gelet op de ingrijpende gevolgen voor betrokkenen – een voortijdige beëindiging van de aanbestedingsprocedure zo helder mogelijk te communiceren. Van het verplicht te gebruiken formulier ('Kennisgeving van aanvullende informatie, over een onvolledige procedure of rectificatie') dragen de titel en opzet niet heel erg bij aan de gewenste helderheid van communicatie. Daarmee is het nog belang-

rijker de voortijdige beëindiging van de aanbestedingsprocedure zo helder mogelijk in de kennisgeving te formuleren. Tevens beveelt de Commissie aanbestedende diensten aan gebruik te maken van de (eenvoudige) mogelijkheid via TenderNed of een ander elektronisch aanbestedingssysteem aan (potentiële) gegadigden en (potentiële) inschrijvers afzonderlijk een bericht te sturen om hen te attenderen op de voortijdige beëindiging van de aanbestedingsprocedure.

Het volledige advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts is te raadplegen op www.commissievanaanbestedingsexperts.nl.

130

Commissie van Aanbestedingsexperts
14 oktober 2016, Advies 377
(mr. Janssen, mr. Jansen, mr. Chen)

Beoordeling gunningscriteria. Transparantie beoordelingsmethodiek.

Beklaagde heeft op 26 april 2016 een Europese openbare aanbestedingsprocedure aangekondigd voor een raamovereenkomst met één ondernemer voor vervoersdiensten met betrekking tot geneesmiddelen.

Bij brief van 15 augustus 2016 heeft beklagde aan klager medegedeeld dat klager niet wordt uitgenodigd voor de pitch, omdat is geconcludeerd dat de door beklagde ingediende kwaliteitsdocumenten niet voldoen aan het criterium gemiddeld een 6 of hoger, zoals beschreven in de inschrijvingsleidraad. Klager komt dus niet in aanmerking voor gunning. Klager stelt dat bij de beoordeling normen zijn gehanteerd die niet vooraf waren bekendgemaakt en niet waren te verwachten.

Subgunningscriterium 'Prestatieonderbouwing'

Voor dit subgunningscriterium heeft beklagde aan de inschrijving van klager het cijfer 4 toegekend. In de motivering van de toekenning van dat cijfer heeft beklagde drie minpunten genoemd bij de inschrijving van beklagde: er worden geen concrete Key Performance Indicators (hierna: KPI's) genoemd, er worden geen mogelijkheden voor efficiënter plannen genoemd en er worden geen procesverbeteringen genoemd.

De Commissie stelt vast dat geen concrete KPI's zijn genoemd, dan wel dat de KPI's te abstract en weinig concreet zijn opgeschreven. De Commissie constateert dat klager in haar inschrijving bij de kwartaalrapportages spreekt over de optie "efficiënter plannen van de zendingen" en de optie "mogelijke procesverbeteringen", maar verder niet expliciet aandacht besteedt aan deze doelstellingen.

Op grond van het voorgaande is de Commissie van oordeel dat beklagde bij de beoordeling van het subgunningscriterium 'Prestatieonderbouwing' niet is afgeweken van de vooraf bekendgemaakte beoordelingssystematiek. Ten aanzien van het eerste subcriterium 'Prestatieonderbouwing' is de klacht derhalve ongegrond.

Subgunningscriterium 'Transparante tarieven'

Voor dit subgunningscriterium heeft beklagde aan de inschrijving van klager het cijfer 6 toegekend.

Uit Bijlage 4 en de toelichting daarop blijkt dat de inschrijver voor diverse elementen van de opdracht tarieven moet opgeven onder het tabblad tarieven. Daarmee wordt inzicht gegeven in de opbouw van de tarieven, waaronder het stoptarief.

Door bij de beoordeling van de inschrijving van klager het ontbreken van een toelichting op hoe de stop-tarieven tot stand zijn gekomen als minpunt aan te merken, is beklagde naar het oordeel van de Commissie afgeweken van de vooraf bekendgemaakte beoordelingssystematiek. Naar het oordeel van de Commissie kan het in de Inschrijvingsleidraad bepaalde, gelezen in samenhang met de inhoud van en toelichting op Bijlage 4, alleen maar betekenen dat voor partijen op eenduidige wijze moet vaststaan hoe de ingevulde tarieven in de praktijk zullen worden toegepast. De gevraagde toelichting moet eventuele onduidelijkheden in het tabblad 'Tarieven' en het tabblad 'Prijsopgaveformulier' dus wegnemen. Van een inschrijver kan niet worden verlangd dat hij aangeeft waarom hij voor een bepaalde activiteit een bepaald tarief heeft afgegeven, aangezien de prijs van de opdracht bepaald wordt door een samenstel van alle tarieven en uitgevoerde (deel-)opdrachten. Ten aanzien van het tweede subgunningscriterium 'Transparante tarieven' is de klacht derhalve ongegrond.

Subgunningscriterium 'Duurzaamheid'

Voor dit subgunningscriterium heeft beklagde aan de inschrijving van klager het cijfer 6 toegekend.

De Commissie constateert dat klager in haar inschrijving uitvoerig aandacht besteedt aan reductie van CO₂-uitstoot en vele concrete maatregelen noemt die zij heeft genomen. Naar het oordeel van de Commissie hoefde een redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver niet te begrijpen dat hij bij het noemen van maatregelen met betrekking tot duurzaamheid ook zou moeten kwantificeren wat het effect van die maatregelen is. Beklaagde heeft naar aantoonbare stappen gevraagd, niet naar de resultaten. In zoverre is beklagde afgeweken van de vooraf bekendgemaakte beoordelings-systematiek.

Voor beklagde was niet helder welk aantal en percentage van de voertuigen van klager op CNG rijdt, hetgeen naar het oordeel van de Commissie wel relevant is voor de beoordeling van de inschrijving. Dat het MVO-beleid van klager gedateerd was, kan bij de beoordeling ook een rol spelen. Ten aanzien van het subgunningscriterium 'Duurzaamheid' is de klacht derhalve gegrond voor zover beklagde klager heeft aangerekend dat de resultaten van het terugdringen van CO₂-uitstoot ontbreken.

Subgunningscriterium 'Risico- en kansendossier'
Voor dit subgunningscriterium ' heeft beklagde aan de inschrijving van klager het cijfer 6 toegekend.

Bij dit subcriterium merkt beklagde in haar motivering van de toekenning van het cijfer 6 op dat een toelichting bij de kolommen 'kans' en 'impact' ontbreekt. Dat beklagde dit als een minpunt aanmerkt dat tot puntenaftrek leidt, is naar het oordeel van de Commissie niet onjuist.

Bij de kansen leest de Commissie in de motivering van beklagde geen duidelijke minpunten. Het niet in de prijs verwerken van de kosten van SMS kan, gelet op het antwoord op vraag 6 in de derde Nota van Inlichtingen, niet als een minpunt worden gezien. Daaruit blijkt niet dat het extra bedrag significant zou moeten zijn. Voor zover beklagde het klager in het kader van het subgunningscriterium 'Risico- en kansendossier' aanrekent de mogelijkheid van verzending van een SMS niet in de prestatieonderbouwing te hebben ondergebracht, is beklagde naar het oordeel van de Commissie afgeweken van de bekendgemaakte beoordelings-systematiek.

Ten aanzien van het subgunningscriterium 'Risico- en kansendossier' is de klacht derhalve in zoverre gegrond.

Advies en aanbeveling

De Commissie acht de klacht gegrond voor zover beklagde is afgeweken van de bekendgemaakte beoordelings-systematiek bij de beoordeling van de inschrijving van klager op de subgunningscriteria 'Transparante tarieven', 'Duurzaamheid' en 'Risico- en kansendossier' en beveelt beklagde aan om het besluit van 15 augustus 2016 te heroverwegen met inachtneming van wat de Commissie in dit advies heeft overwogen.

Het volledige advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts is te raadplegen op www.commissievanaanbestedingsexperts.nl.

131

Commissie van Aanbestedingsexperts
18 oktober 2016, Advies 379
(mr. Janssen, mr. Jansen, mr. Chen)

Raamovereenkomst. Aantasting mededinging. Gelijkeheidsbeginsel. Kwalitatieve gunningscriteria. Level playing field.

Beklaagde heeft op 28 juli 2016 een Europese openbare procedure aangekondigd voor een raamovereenkomst tot levering van leermiddelen en daarmee verband houdende dienstverlening. De levering is verdeeld in twee percelen waarbij beoogd wordt per perceel een raamovereenkomst met één onderneming te sluiten. Beklaagde heeft ervoor gekozen om de overeenkomsten voor de levering van leermiddelen met de huidige opdrachtnemers (waaronder klager) met één jaar te verlengen. Zij heeft enkele leermiddelen voor biologie en wiskunde daarvan uitgezonderd en daartoe is zij de onderhavige aanbestedingsprocedure gestart.

Bij de beoordeling van de klacht heeft als uitgangspunt te gelden dat een aanbestedende dienst bij de aanbesteding van leermiddelen de vrijheid heeft om voor een bepaalde lesmethode van een bepaalde uitgever te kiezen, ook wanneer te verwachten valt dat die uitgever aan de aanbestedingsprocedure zal deelnemen. Het voorgaande uitgangspunt laat onverlet dat de aanbestedende dienst de aanbesteding moet inrichten zonder daarmee de mededinging op kunstmatige wijze te beperken en zodanig dat andere potentiële inschrijvers een gelijke kans op het verwerven van de opdracht krijgen als de uitgever van de uitgekozen lesmethode.

Gunningscriteria

Klager stelt dat beklaagde de levering van de leermiddelen in percelen per uitgever heeft verdeeld, mede in verband met het gegeven dat de uitgevers de hoogste kortingspercentages kunnen bieden.

Dat in een geval als het onderhavige de raamovereenkomsten worden gegund op grond van het gunningscriterium beste prijs-kwaliteitverhouding, betekent dat naast het subgunningscriterium kortingspercentage ook diverse andere, voornamelijk kwalitatieve, subgunningscriteria in de gunnings-systematiek een rol spelen.

Het is op zichzelf genomen aannemelijk dat een uitgever zijn lesmethode goedkoper kan leveren dan een distributeur, omdat hij die leermiddelen zonder tussenkomst van een distributeur rechtstreeks aan de scholen kan leveren. Anderzijds zal de uitgever bij rechtstreekse levering aan de scholen zelf onderwijsdiensten aan de scholen moeten gaan aanbieden, zodat de distributeurs op dat punt naar verwachting in het voordeel zijn omdat het verlenen van die diensten tot hun 'core business' behoort. Ook bij wens 2 van het gunningscriterium prijs hebben de distributeurs een aanzienlijk betere uitgangspositie. Deze wens betreft de leerboeken die beklaagde van de huidige opdrachtnemers dient te kopen op basis van de huidige overeenkomst. Deze boeken wenst beklaagde door te verkopen aan de nieuwe opdrachtnemer.

Voor het subgunningscriterium kortingspercentage zijn maximaal 1200 van de in totaal 2700 punten te behalen. Zoals hiervoor is overwogen, is aannemelijk dat een uitgever bij dit subgunningscriterium in het voordeel is. De Commissie heeft echter de indruk dat dit voordeel niet de doorslag hoeft te geven in de aanbestedingsprocedure.

De Commissie kan op grond van het voorgaande niet tot het oordeel komen dat beklaagde met de verdeling van de levering van de leermiddelen in percelen per uitgever, mede gezien in relatie met het gegeven dat de uitgevers van de leermiddelen de hoogste kortingspercentages kunnen bieden, heeft gehandeld in strijd met haar verplichtingen. In zoverre is de klacht ongegrond.

Level playing field

Klager stelt dat beklaagde ook om een andere reden niet aan haar verplichtingen heeft voldaan. Zij wijst in dit verband op het feit dat beklaagde toestaat dat uitgever X de definitieve consumentenprijzen van de leermiddelen voor biologie nog niet heeft bekendgemaakt.

De Commissie is van oordeel dat het voor de andere potentiële inschrijvers met het oog op het bepalen van het door hen te offrenen opslag- of kortingspercentage van belang is dat zij tijdig vóór het verstrijken van de termijn voor indiening van de inschrijvingen weten wat de hoogte is van de door de uitgever gehanteerde consumentenprijzen. Voor het onderhavige geval betekent dit dat beklaagde ter waarborging van de gelijke behandeling zal moeten bewerkstelligen dat de uitgevers de consumentenprijzen tijdig vóór het verstrijken van de inschrijvingstermijn bekend maken.

In het onderhavige geval staat vast dat uitgever X de consumentenprijzen niet tijdig vóór het verstrijken van de inschrijvingstermijn bekend heeft gemaakt. De Commissie is van oordeel dat daardoor geen sprake is van een level playing field. De bekendmaking van een indicatie van de consumentenprijzen is daartoe onvoldoende.

Voor zover klager stelt dat zij niet dezelfde gelijke kans krijgt op het verwerven van de raamovereenkomst met betrekking tot perceel 1 als de uitgever (X) van de in dat perceel door beklaagde gekozen lesmethode voor biologie, is de klacht derhalve gegrond.

Ten overvloede

Het verwijt van klager dat uitgever Y een erg hoge consumentenprijs voor de wiskunde methode heeft vastgesteld, treft geen doel. Niet aannemelijk is immers dat de uitgever die prijs uitsluitend of in overwegende mate gebaseerd zou hebben op de onderhavige aanbesteding, die – hoe groot de opdracht op zich is – toch maar een klein deel van de totale omzet op de scholenmarkt omvat. In het kader van de onderhavige aanbesteding is dit verwijt derhalve ongegrond.

De Commissie merkt verder op dat het door de uitgever vaststellen van zeer hoge consumentenprijzen voor zijn wiskunde methode een gevolg lijkt van de populariteit van die methode en mogelijk in het kader van de Mededingingswet aan de orde zou kunnen worden gesteld. Nu de Commissie niet bevoegd is te oordelen over de toepassing van de Mededingingswet, laat zij het bij deze constatering.

De Commissie is ten slotte niet gebleken dat de gunningssystematiek niet in redelijke verhouding staat tot het voorwerp van de opdracht. Klager heeft de klacht op dit punt onvoldoende onderbouwd.

Advies

De Commissie acht de klacht gegrond voor zover klager stelt dat zij niet dezelfde gelijke kans krijgt op het verwerven van de raamovereenkomst met betrekking tot perceel 1 als de uitgever X van de in dat perceel door beklaagde gekozen lesmethode voor biologie. De Commissie acht de klacht voor het overige ongegrond.

Aanbeveling

De Commissie ziet geen kans tot het doen van een aanbeveling.

Het volledige advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts is te raadplegen op www.commissievanaanbestedingsexperts.nl.

132

Commissie van Aanbestedingsexperts
1 december 2016, Advies 382
(mr. Janssen, mr. Jansen, mr. Chen)

Raamovereenkomst. Wezenlijke wijziging. Transparantiebeginsel. Uitleg aanbestedingsstukken.

[Aanbestedingswet 2012 art. 1.9]

Beklaagde heeft op 4 februari 2016 een aankondiging heeft geplaatst voor een Europese openbare aanbestedingsprocedure voor een raamovereenkomst voor een periode van vier jaar met één onderneming voor de levering van bepaalde knopen ten behoeve van bepaalde beroepskleding. Vervolgens heeft beklaagde op 25 juli 2016 een Europese openbare aanbestedingsprocedure aangekondigd voor een raamovereenkomst met een looptijd van vier jaar met één onderneming per perceel voor het leveren van bepaalde beroepskleding. Partijen verschillen van mening over het antwoord op de volgende vraag: vormen de knopen, die nodig zijn voor de uitvoering van de raamovereenkomst met betrekking tot de levering van beroepskleding, onderdeel van de eerder aanbestede raamovereenkomst met betrekking tot de levering van knopen? Anders dan klager beantwoordt beklaagde deze vraag ontkennend, omdat zij meent dat een bevestigende beantwoording zou neerkomen op een wezenlijke wijziging van de raamovereenkomst.

Bij de beoordeling van de klacht moet worden vooropgesteld dat een aanbestedende dienst op grond van artikel 1.9 lid 1 Aw 2012 transparant dient te handelen.

De Commissie stelt vast dat Onderdeel A van beklaagde, dat verantwoordelijk is voor de aankoop van het materiaal voor de vier uitvoerende onderdelen van beklaagde, in beide aanbestedingsprocedures is aangeduid als aanbestedende dienst. In de eerste aanbestedingsprocedure is daarbij aangegeven dat het een raamovereenkomst ten behoeve van Onderdeel B van beklaagde betreft. Uit de verdeling van de percelen in de tweede raamovereenkomst blijkt dat ten behoeve van alle vier de uitvoerende onderdelen van beklaagde beroepskleding wordt ingekocht. De tweede aanbestedingsprocedure omvat de levering van meerdere soorten knopen die ook in de eerste aanbestedingsprocedure zijn aanbesteed en die voor dezelfde uitvoerende onderdelen bestemd zijn. Niet is gebleken dat in de tweede aanbestedingsprocedure met betrekking tot de beroepskleding door of voor een ander onderdeel van beklaagde wordt ingekocht.

Naar aanleiding van de eerste aanbestedingsprocedure is een raamovereenkomst afgesloten voor de inkoop van losse knopen. Gezien de geraamde aantallen in de eerste aanbestedingsprocedure ligt het naar het oordeel van de Commissie niet voor de hand dat beklaagde daarmee ook knopen heeft willen inkopen ten behoeve van een directielevering aan de leverancier van beroepskleding, die beklaagde door middel van de tweede aanbestedingsprocedure heeft ingekocht. De Commissie overweegt in dit verband het volgende.

In de eerste aanbestedingsprocedure worden in de Aanbestedingsleidraad geraamde aantallen knopen genoemd en is bepaald dat uitbreiding van de raamovereenkomst met vergelijkbare knopen mogelijk is. De Commissie neemt aan dat met de geraamde aantallen niet een zinledige indicatie is beoogd en is dan ook van oordeel dat het volume van de raamovereenkomst niet een veelvoud van de indicatie zal mogen bedragen.

Beide aanbestedingsprocedures omvatten een aantal dezelfde soorten knopen. Niet alleen in de klachtprocedure bij de Commissie, maar ook in de procedure bij haar interne klachtencommissie heeft beklaagde van drie soorten knopen de aantallen gegeven. De Commissie stelt vast dat de ramingen voor deze drie soorten knopen in de tweede aanbestedingsprocedure met betrekking tot de beroepskleding ruim 25 keer zo hoog zijn als de ramingen voor deze drie soorten knopen in de eerste aanbestedingsprocedure. Alleen al het totaal aantal van

de drie knopen in de tweede aanbestedingsprocedure die als voorbeeld zijn genoemd, is meer dan het geraamde aantal van alle 73 soorten knopen in de eerste aanbestedingsprocedure tezamen.

Naar aanleiding van de stelling van klager dat het geraamde aantal knopen met NSN [30] voor de raamovereenkomst van de knopen met klager 40x hoger is dan het geraamde aantal van deze knopen voor de raamovereenkomst van de beroepskleding, heeft beklagde aangegeven dat deze knopen nauwelijks onderdeel uitmaken van deze laatste raamovereenkomst. Het kledingstuk met veel van deze knopen maakt geen onderdeel uit van de onderhavige raamovereenkomst voor beroepskleding. Beklaagde heeft aangegeven de raamovereenkomst van de losse knopen met klager en de aantallen volledig te zullen respecteren.

De Commissie is alles afwegende van oordeel dat de aanbestede raamovereenkomst van de losse knopen zodanig dient te worden uitgelegd dat de voor de uitvoering van de raamovereenkomst met betrekking tot de levering van beroepskleding benodigde knopen geen onderdeel vormen van de eerdere raamovereenkomst met betrekking tot de levering van knopen.

Voor dit oordeel pleit tevens dat, indien de voor de uitvoering van de raamovereenkomst voor de beroepskleding benodigde levering van knopen als directielevering onder de reeds aanbestede raamovereenkomst met betrekking tot knopen aan klager zou worden gegund, naar het oordeel van de Commissie ook overigens sprake kan zijn van een wezenlijke wijziging van die raamovereenkomst.

Daarmee is de klacht ongegrond.

Ten overvloede merkt de Commissie op dat zij het standpunt van de klachtencommissie van beklagde deelt dat beklagde de aanbestede raamovereenkomst wel beter had kunnen omschrijven om discussies over de omvang van de raamovereenkomst te voorkomen.

Advies en aanbeveling

De Commissie acht de klacht ongegrond en ziet geen kans tot het doen van een aanbeveling.

Het volledige advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts is te raadplegen op www.commissievanaanbestedingsexperts.nl.

133

Commissie van Aanbestedingsexperts
21 december 2016, Advies 391
(mr. Janssen, mr. Jansen, mr. Chen)

Transparantieverplichting. Onvoldoende informatie voor test. Niet-ontvankelijkheid Commissie van Aanbestedingsexperts.

[Reglement Commissie van Aanbestedingsexperts art. 9 lid 1 sub b]

Beklaagde heeft op 31 augustus 2016 een Europese openbare procedure heeft aangekondigd voor een raamovereenkomst met één leverancier voor het verwerven van inwinningsapparatuur voor het verrichten van landmeetkundige diensten. Op 1 november 2016 is klager uitgesloten van verdere deelname aan de aanbesteding, omdat klager volgens beklagde niet heeft aangetoond de functietesten te kunnen uitvoeren zoals beschreven in de bijlage bij het aanbestedingsdocument.

Klachtencommissie

Op 3 november 2016 heeft de advocaat van klager per brief aan beklagde haar bezwaren tegen de gang van zaken meegedeeld. De Klachtencommissie van beklagde heeft deze brief op 8 november 2016 ontvangen en meegedeeld ernaar te streven vóór 20 december 2016 te antwoorden. De Commissie is van oordeel dat dit een relatief lange termijn is gelet op de fase waarin de aanbestedingsprocedure zich op dat moment bevond. De Commissie acht het derhalve aanvaardbaar dat klager tot 21 november 2016 heeft gewacht alvorens de klacht bij de Commissie in te dienen en niet eerst de reactie van de Klachtencommissie heeft afgewacht. De Commissie passeert derhalve de stelling van beklagde dat de Commissie op grond van artikel 9 lid 1 sub b van haar Reglement de klacht niet in behandeling kan nemen.

Informatie benodigd voor functietest

De Commissie is van oordeel dat een aanbestedende dienst op grond van het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel in een geval als het onderhavige gehouden is om de inschrijvers tijdig de informatie te verschaffen die zij nodig hebben om aan een functietest te kunnen deelnemen, voor zover zij niet in staat zijn die informatie zonder de medewerking van de aanbestedende dienst te verkrijgen. In het verlengde hiervan is de aanbestede-

dende dienst gehouden om constructief met een inschrijver in overleg te treden wanneer deze aan geeft in het kader van de functietest tegen problemen aan te lopen die volgens die inschrijver verband houden met het feit dat de aanbestedende dienst onvolledige informatie heeft verschaft.

Om de functietest te kunnen uitvoeren, moet allereerst een verbinding tot stand worden gebracht tussen de apparatuur van klager en de apparatuur van beklagde. Om dat te kunnen doen, moet klager minimaal de beschikking hebben over de volgende gegevens:

- a. Het poortnummer van de server waarop moet worden ingebeld;
- b. Het communicatieprotocol dat gebruikt moet worden;
- c. Een eventuele initialisatiestring die moet worden gebruikt;
- d. Een gebruikersnaam en wachtwoord.

De onder 0, 0 en 0 genoemde gegevens kan klager op geen enkele manier afleiden, zodat hij voor het verkrijgen daarvan volledig afhankelijk is van beklagde. Het protocol zou klager via "trial and error" kunnen vinden, aangezien er slechts een drietal protocollen gebruikt worden bij de in casu gebruikte datacommunicatie, maar dat is pas mogelijk nadat hij de andere hiervoor genoemde gegevens heeft gekregen.

Omdat de oorzaak van het mislukken van de communicatie zowel in de ICT-omgeving van klager als in de ICT-omgeving van beklagde kan zitten, is het voor klager van belang dat zij in samenspraak met beklagde kan zoeken naar die oorzaak. Beklaagde heeft wel samen met klager gezocht naar de oorzaken, maar daarbij kennelijk niet de eerder genoemde gegevens verstrekt.

De Commissie is alles afwegende van oordeel dat beklagde niet aan haar eerder genoemde verplichtingen heeft voldaan om de volgende redenen:

- a. Er is in eerste instantie een verkeerd poortnummer meegedeeld aan klager;
- b. De vraag van klager naar het protocol is niet beantwoord; en
- c. De vraag van klager naar de initialisatiestring is niet beantwoord.

De klacht is derhalve gegrond.

Advies en aanbeveling

De Commissie acht de klacht gegrond en adviseert beklagde om de gunningsbeslissing in te trekken, aan klager nogmaals de gelegenheid te bieden om de functietest en vervolgtesten uit te voeren en daarna naar bevind van zaken te handelen.

Het volledige advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts is te raadplegen op www.commissievanaanbestedingsexperts.nl.

134

Commissie van Aanbestedingsexperts
26 januari 2017, Advies 318
(mr. Janssen, mr. Jansen, mr. Chen)
Zie noot mr. H.J. van der Horst

Technische specificaties. Verwijzing naar normen. Functioneel specificeren. Behandeling klacht door Commissie. Klachtencommissie. Proportionaliteit technische specificaties. Gelijkheidsbeginsel.

[Aanbestedingswet 2012 art. 1.8, 1.10 lid 1, 2.75 lid 2, 2.76 lid 1, 5, 6; Reglement van de Commissie van Aanbestedingsexperts art. 1 sub c]

Op 15 april 2015 heeft beklagde een Europese openbare aanbestedingsprocedure aangekondigd voor een overheidsopdracht voor leveringen. De opdracht bestaat uit twee percelen: (i) het leveren en uitzetten van minicontainers bestemd voor het inzamelen van restafval, GFT, papier en toebehoren en (ii) het leveren en plaatsen van ondergrondse afvalcontainers bestemd voor het inzamelen van restafval en papier met daarbij behorende meerjarige onderhoudswerkzaamheden. Volgens klager heeft beklagde de eisen van de opdrachtspecificatie van de minicontainers (perceel 1) zodanig opgesteld dat slechts één leverancier aan die eisen kan voldoen. Klager stelt ook dat beklagde niet heeft zorg gedragen voor een zorgvuldige en transparante afhandeling van bezwaarschriften.

Specificaties

Uitgangspunt is dat een aanbestedende dienst in beginsel vrij is te bepalen wat hij wil inkopen. Daarbij zal hij zoveel mogelijk moeten aansluiten bij de in de markt gehanteerde standaarden of zijn eisen functioneel moeten specificeren (zie artikel 2.76 lid 1 Aw 2012).

In beginsel mag een aanbestedende dienst bovendien vragen om maatwerk, mits hij de eisen dan zoveel mogelijk functioneel specificceert. Het uitvragen van maatwerk in een concrete aanbestedingsprocedure wordt naar het oordeel van de Commissie echter problematisch indien de markt dat maatwerk niet eenvoudig kan realiseren. De aanbestedende dienst zal in het hiervoor bedoelde geval dergelijke innovatieve producten wel zoveel mogelijk functioneel moeten specificeren.

Het voorgaande laat naar het oordeel van de Commissie echter onverlet dat een aanbestedende dienst ter stimulering van innovatie nieuwe en van de standaard afwijkende producten kan uitvragen die op dat moment alleen nog maar door één of enkele ondernemingen worden geleverd.

Daarmee komt de Commissie toe aan een beoordeling van het klachtonderdeel. De containers die tot het productassortiment van potentiële inschrijvers behoren, zijn niet eenvoudig te wijzigen in het kader van een concrete aanbestedingsprocedure. Beklaagde heeft de stelling van klager dat slechts één leverancier aan de combinatie van de in de onderhavige aanbesteding gestelde eisen kon voldoen ook overigens onvoldoende gemotiveerd bestreden. De Commissie is dan ook van oordeel dat zich in de onderhavige aanbesteding het geval voordoet dat slechts één leverancier aan de combinatie van eisen in de onderhavige aanbesteding kon voldoen.

Relevant is voorts het volgende. Beklaagde heeft verwezen naar toepasselijke normen. Beklaagde heeft soms eisen uit de Europese norm EN 840-1 herhaald, maar is daarnaast ook afgeweken van de norm.

Het doel van normen is het standaardiseren van de eisen waaraan producten moeten voldoen opdat fabrikanten weten dat wanneer zij producten maken die aan de normen voldoen, deze overal in de Europese Unie aanvaard moeten worden door aanbestedende diensten. Het zonder noodzaak afwijken van normen benadeelt bepaalde fabrikanten die immers geen rekening hebben kunnen houden met die afwijkingen. Andere fabrikanten die al dan niet toevallig producten maken die wel voldoen aan die afwijkingen worden daarentegen bevoordeeld.

De Commissie is van oordeel dat beklagde onvoldoende heeft verwezen naar standaarden en de eisen onvoldoende functioneel heeft gespecificeerd, terwijl dat wel mogelijk was geweest. Toepassing van artikel 2.76 lid 5 en 6 Aw 2012 is dan niet aan de orde (het accepteren van gelijkwaardige producten).

Nu beklagde niet functioneel heeft gespecificeerd, kan in het midden blijven of beklagde met deze wijze van specificeren een innovatieve ontwikkeling stimuleert.

Nu beklagde onvoldoende functioneel heeft gespecificeerd en slechts één leverancier in staat is aan de combinatie van eisen van beklagde te voldoen, is de Commissie van oordeel dat de combinatie van de eisen niet meer in een redelijke verhouding staat tot het voorwerp van de opdracht (zie artikel 1.10 lid 1 Aw 2012) en beklagde de inschrijvers niet op gelijke en niet-discriminerende wijze behandelt (zie artikel 1.8 jo. artikel 2.75 lid 2 Aw 2012).

Daarmee acht de Commissie het eerste klachtonderdeel gegrond.

Afhandeling van klachten

De Commissie constateert dat het tweede klachtonderdeel zich richt tegen de (beweerdelijk gebrekkige) wijze waarop beklagde de afhandeling van klachten met betrekking tot de onderhavige aanbesteding heeft georganiseerd. De Commissie is van oordeel in dit klachtonderdeel geen sprake is van handelen of nalaten dat binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 valt.

De Commissie zal dit klachtonderdeel, gelet op de definitie van het begrip klacht in art. 1 sub c Reglement van de Commissie niet in behandeling nemen.

Advies

De Commissie acht onderdeel 1 van de klacht gegrond en neemt onderdeel 2 van de klacht niet in behandeling.

Aanbeveling

De Commissie beveelt aan dat aanbestedende diensten bij het opstellen van de technische specificaties bij aanbestedingen van levering van standaardproducten bijzondere aandacht besteden aan de op de markt gangbare producten en hun variaties. Omdat de op de markt aangeboden producten doorgaans niet identiek zijn, is het vaak op eenvoudige wijze mogelijk om door het stellen van slechts een paar niet-functionele eisen alle producten op één na uit te sluiten. Wanneer dit zonder noodzaak gebeurt, handelt de aanbestedende dienst niet alleen ondoelmatig maar naar het oordeel van de Commissie ook onrechtmatig. Doel van de richtlijn is immers het openstellen van de Europese

overheidsmarkt voor zoveel mogelijk leveranciers en de genoemde handelwijze gaat lijnrecht in tegen die fundamentele doelstelling.

Het volledige advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts is te raadplegen op www.commissievanaanbestedingsexperts.nl.

135

Commissie van Aanbestedingsexperts
26 januari 2017, Advies 387
(mr. Janssen, mr. Jansen, mr. Chen)
Zie noot mr. H.J. van der Horst

Gelijkheidsbeginsel. Non-discriminatiebeginsel. Level playing field. Functioneel specificeren. Toeschrijven.

[Aanbestedingswet 2012 art. 1.8, 1.10, 2.75, 2.76]

Beklaagde heeft op 1 september 2016 een Europese openbare aanbestedingsprocedure aangekondigd voor het sluiten van een raamovereenkomst met één opdrachtnemer voor de levering van kantoorartikelen.

Toetsingskader

In artikel 1.8 Aw 2012 is bepaald dat een aanbestedende dienst ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze behandelt.

Op grond van artikel 1.10 Aw 2012 mogen aanbestedende diensten slechts eisen stellen aan de inschrijvingen die in redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.

Beide hiervoor genoemde verplichtingen zijn onder andere uitgewerkt in artikel 2.75 lid 1, 2 en 6, en in artikel 2.76 lid 1 aanhef en onderdelen a en b en lid 3 Aw 2012, waarin onderdelen van artikel 42 Richtlijn 2014/24/EU zijn geïmplementeerd.

Uitgangspunt is dat een aanbestedende dienst in beginsel vrij is te bepalen wat hij wil inkopen. Daarbij zal hij zoveel mogelijk moeten aansluiten bij de in de markt gehanteerde standaarden of zijn eisen functioneel moeten specificeren (zie artikel 2.76 lid 1 Aw 2012). In beginsel mag een aanbestedende dienst bovendien vragen om maatwerk, mits hij de eisen dan zoveel mogelijk functioneel specificeert. Het uitvragen van maatwerk in een concrete

aanbestedingsprocedure wordt naar het oordeel van de Commissie echter problematisch indien de markt dat maatwerk niet eenvoudig kan realiseren. Het voorgaande laat onverlet dat een aanbestedende dienst ter stimulering van innovatie, bijvoorbeeld op het gebied van duurzaamheid, als zogenoemde 'launching customer' nieuwe en van de standaard afwijkende producten kan uitvragen die op dat moment alleen nog maar door één of enkele ondernemingen worden geleverd. De aanbestedende dienst loopt in een dergelijk geval voorop bij de ontwikkeling van een nieuw product, dat in de toekomst mogelijk ook door andere organisaties, waaronder aanbestedende diensten, zal worden ingekocht. De aanbestedende dienst zal in het hiervoor bedoelde geval dergelijke innovatieve producten wel zoveel mogelijk functioneel moeten specificeren.

Klachtonderdeel 2

Beklaagde heeft in de onderhavige aanbestedingsprocedure de verpakkingseenheden gevraagd die de zittende leverancier leverde, met een mogelijkheid om met 50% af te wijken. Indien levering per stuk wordt geëist, mag daarvan niet worden afgeweken.

Uit de reactie op klachtonderdeel 2 leidt de Commissie af dat beklagde slechts één geldige inschrijving heeft ontvangen en dat deze afkomstig is van de zittende leverancier.

Voor potentiële inschrijvers, zijnde groothandelaren, zijn de verpakkingseenheden die zij binnen hun productassortiment hanteren niet eenvoudig te wijzigen in het kader van een concrete aanbestedingsprocedure. Concurrenten van een zittende leverancier worden dan ook op achterstand gezet, indien in een aanbestedingsprocedure de verpakkingseenheden van de zittende leverancier (met een beperkte afwijkingss marge) worden vereist. De Commissie is van oordeel dat zich in de onderhavige aanbesteding het geval voordoet dat beklagde met dit vereiste de raamovereenkomst heeft toegeschreven naar de zittende leverancier. De Commissie is van oordeel dat beklagde daarmee in strijd heeft gehandeld met het beginsel van gelijke behandeling.

Daarmee acht de Commissie klachtonderdeel 2 gegrond.

Ten overvloede merkt de Commissie het volgende op. Het is een aanbestedende dienst in beginsel toegestaan om bij de inkoop van kantoorartikelen haar behoefte voorop te stellen. Maar als de aanbestedende dienst rigide vasthoudt aan haar eigen van de markt afwijkende maatwerkeisen, dan wordt daarmee het risico groter dat er geen aansluiting

is op het aanbod vanuit de markt. Te rigide geformuleerde eigen eisen kunnen er ook toe leiden dat leveranciers strategisch gaan inschrijven of met de eisen akkoord gaan, om vervolgens tijdens de contractduur te stellen dat bepaalde artikelen niet langer meer leverbaar zijn of (aantrekkelijke) alternatieven aanbieden die aanmerkelijk meer kosten. Dit noopt de contractmanager tot meer beheersmaatregelen.

Klachtonderdeel 1

Klager stelt met dit klachtonderdeel dat de eisen dat de verpakkingseenheden maximaal 50% van de huidige eenheden mogen afwijken en dat per stuk gevraagde artikelen per stuk moeten worden aangeboden, disproportioneel zijn.

Ook wanneer de Commissie bij de behandeling van dit klachtonderdeel abstraheert van de situatie dat beklagde eisen heeft gesteld die de zittende leverancier bevoordelen, is zij van oordeel dat zich dan tevens het geval voordoet zoals bedoeld hiervoor, in die zin dat de potentiële inschrijvers, zijnde groothandelaars, de door hen gehanteerde verpakkingseenheden niet eenvoudig zullen kunnen wijzigen conform de eigen maatwerkisen die beklagde aan die verpakkingseenheden stelt, dat beklagde door het stellen van die eisen inschrijving door enkele leveranciers heeft bemoeilijkt en dat beklagde slechts één geldige inschrijving heeft ontvangen. Daar komt bij dat het geval dat de aanbestedende dienst een innovatieve ontwikkeling stimuleert, zich hier niet voordoet nu het gaat om vereisten die worden gesteld aan verpakkingseenheden die specifiek zijn afgestemd op de behoeften van beklagde. De Commissie is dan ook van oordeel dat de gestelde eisen ook als disproportioneel kunnen worden aangemerkt.

Daarmee is klachtonderdeel 1 eveneens gegrond.

Advies

De Commissie acht beide klachtonderdelen gegrond.

Aanbeveling

De Commissie beveelt aan dat aanbestedende diensten, voorafgaand aan het formuleren van de eisen bij de inkoop van kantoorartikelen, gericht marktonderzoek doen naar het realiteitsgehalte van de in de aanbesteding te hanteren eisen. Een

betere aansluiting met de markt leidt tot betere offertes en bespaart tijd en energie bij het aansluitende contract- en leveranciersmanagement.

Het volledige advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts is te raadplegen op www.commissievanaanbestedingsexperts.nl.

136

Commissie van Aanbestedingsexperts
28 februari 2017, Advies 295
(mr. Janssen, mr. Jansen, mr. Chen)

Beoordeling gunningscriteria. Transparantieverplichting. Ontvankelijkheid klacht. Motivering gunningsbeslissing.

Beklaagde heeft in 2015 een meervoudig overhandse procedure heeft gehouden voor een overheidsopdracht met betrekking tot de tijdelijke vergroting van de slibontwateringscapaciteit van een rioolwaterzuiverinstallatie op basis van een bouwteamovereenkomst.

Ontvankelijkheid

Anders dan beklagde stelt, kan een (potentiële) inschrijver ook een klacht indienen wanneer de opschortende termijn is verstreken en de aanbestedende dienst ter zake van de aanbestede opdracht inmiddels een bindende overeenkomst heeft gesloten. Voor (potentiële) inschrijvers als klager zijn er bij het indienen van een klacht ná het verstrijken van de opschortende termijn twee mogelijke belangen gediend: een mogelijk leereffect met betrekking tot het eigen handelen en een mogelijk leereffect bij aanbestedende diensten waar zowel klager als andere ondernemingen voordeel van kunnen hebben wanneer aanbestedende diensten in de toekomst op basis van de Aanbestedingswet 2012 overheidsopdrachten aanbesteden. Tot slot is nog denkbaar dat klager naar aanleiding van een voor haar gunstig advies van de Commissie besluit om een vordering in een bodemprocedure in te stellen. De Commissie zal de klacht dan ook in behandeling nemen.

Klachtonderdeel 1

Klager stelt dat zij ten onrechte slecht heeft gescoord op het subgunningscriterium EC.1 "Visie op het project", onderdeel a, en subgunningscriterium EC.2 "Samenwerking", onderdeel c, vanwege de gekozen uitvoeringsmethode.

De Commissie stelt het volgende vast. Uit de aanbestedingsstukken blijkt dat beklagde de keuze voor de uitvoeringsmethode enerzijds voor de inschrijvers heeft vrijgelaten, terwijl anderzijds blijkt dat beklagde een voorkeur heeft voor een decanter als uitvoeringsmethode. In het kader van subgunningscriteria EC.1a en 1b heeft beklagde gevraagd naar de risico's en kansen van het project. Beklaagde heeft in dat kader de inschrijvers niet gevraagd alternatieven te benoemen en uit te werken en de Commissie heeft in de aanbestedingsstukken geen aanknopingspunten gevonden die klager aanleiding hadden moeten geven om zelf tot de conclusie te komen dat het benoemen en uitwerken van alternatieven gewenst was. Dat geldt in het bijzonder voor wat betreft het door beklagde genoemde risico dat tijdens de uitvoering van de opdracht alsnog voor een andere uitvoeringsmethode zou worden gekozen.

Gelet op het voorgaande is de Commissie van oordeel dat beklagde de inschrijving van klager in het kader van subgunningscriteria EC.1a en EC.2c ten onrechte lager heeft beoordeeld omdat klager geen alternatief heeft genoemd om het risico te beheersen dat voor een andere uitvoeringsmethode zou worden gekozen. Ook overigens zal een inschrijver er normaal gesproken immers van mogen uitgaan dat een aanbestedende dienst niet voor een van zijn inschrijving afwijkende wijze van uitvoering kiest indien hij de opdracht gegund heeft gekregen. De Commissie is dan ook van oordeel dat beklagde heeft gehandeld in strijd met haar verplichting om de inschrijving overeenkomstig de door hem gestelde eisen te beoordelen en geen afwegingsregels of subcriteria toe te passen die hij niet vooraf ter kennis van de inschrijvers heeft gebracht.

Daarmee is klachtonderdeel 1 gegrond.

De Commissie overweegt ten overvloede nog dat de motivering van de gunningsbeslissing geheel voorbijgaat aan de kenmerken en relatieve voordelen van de uitgekozen inschrijving. Aangezien de klacht zich hier niet tegen richt, werkt de Commissie dit oordeel niet verder uit.

Klachtonderdeel 2

Volgens klager heeft beklagde ten onrechte een nieuwe eis gesteld bij de beoordeling van de inschrijving van klager op het subgunningscriterium EC.1 "Visie op het project", onderdeel a.

Beklaagde heeft aan het slot van haar motivering bij dat criterium het volgende aan klager meegegeeld:

'Het idee voor kabels en leidingen bovengronds is wel benoemd, maar niet gesubstantieerd met nadere uitwerking of tekening.'

Beklaagde heeft naar het oordeel van de Commissie hiermee enkel te kennen gegeven dat zij bij de beoordeling van de inschrijving van klager heeft laten meewegen dat een nadere uitwerking of tekening ontbrak en daarvoor minpunten aan de inschrijving van klager heeft toegekend. De Commissie volgt beklagde in haar reactie op dit klachtonderdeel dat het hiervoor bedoelde in de beoordeling meegewogen aspect – het toevoegen van tabellen, plannings, visualisaties en tekeningen ter onderbouwing van in de inschrijving opgenomen ideeën – besloten lag in de door beklagde in het subgunningscriterium EC.1a geuite wens van een beschrijving van de risico's en de door de inschrijver voorgenen aanpak om die risico's te beheersen.

Het tweede klachtonderdeel is derhalve ongegrond.

Klachtonderdeel 3

Klager stelt dat beklagde een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt bij beoordeling van de inschrijving van klager op het subgunningscriterium EC.2 "Samenwerking", onderdeel b, en subgunningscriterium EC.2 "Samenwerking", onderdeel c. Volgens beklagde is de stelling van klager feitelijk onjuist.

Naar het oordeel van de Commissie gaat beklagde er met haar stellingen aan voorbij dat voor klager op basis van de verstrekte motivering onvoldoende inzichtelijk is waarom de beoordelingscommissie zich wat het subgunningscriterium EC.2b betreft enkel positief over de inschrijving van klager heeft uitgelaten en vervolgens niet het maximum aantal punten voor dat criterium aan de inschrijving van klager heeft toegekend. Daar komt bij – zoals ook in 5.4.3 hiervoor ten overvloede is overwogen – dat beklagde in haar motivering geheel voorbij is gegaan aan de kenmerken en relatieve voordelen van de inschrijving van X.

Het derde klachtonderdeel is derhalve gegrond voor zover het subgunningscriterium EC.2b betreft.

Advies

De Commissie acht klachtonderdelen 1 en 3, voor zover het subgunningscriterium EC.2b betreft, gegrond en klachtonderdeel 2 ongegrond.

Het volledige advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts is te raadplegen op www.commissievanaanbestedingsexperts.nl.

137

Commissie van Aanbestedingsexperts
28 februari 2017, Advies 314
(mr. Janssen, mr. Jansen, mr. Chen)

Proportionaliteit geschiktheidseisen. Transparantiebeginsel. Rechtsverwerking. Gelijkwaardig kwaliteitscertificaat. Motivering gunningsbeslissing.

[Aanbestedingswet 2012 art. 1.9, 1.10]

Beklaagde heeft op 20 juli 2015 een Europese openbare procedure aangekondigd voor een raamovereenkomst voor ICT-diensten. De opdracht is verdeeld in drie percelen waarbij beoogd wordt per perceel een raamovereenkomst met twee inschrijvers te sluiten (een preferred supplier en een reserve supplier per perceel).

Klachtonderdeel 1

De Commissie begrijpt het klachtonderdeel aldus dat klager daarmee betoogt dat beklagde de eis niet op de daartoe geëigende weg bekend heeft gemaakt door deze geschiktheidseisen op te nemen in het Programma van Eisen. Aangenomen dat dit standpunt van klager juist is, vermag de Commissie niet in te zien dat klager als gevolg van de handelwijze van beklagde in haar belangen is benadeeld. Het betreft immers een Europese openbare procedure en vast staat dat klager voorafgaande aan haar inschrijving op de hoogte was van de eis, aangezien zij daarover aan beklagde een vraag heeft gesteld in het kader van de inlichtingenronde. De Commissie is dan ook van oordeel dat klager geen belang heeft bij het klachtonderdeel. Het eerste klachtonderdeel is daarmee ongegrond.

Klachtonderdeel 2

In artikel 1.10 lid 1 jo. lid 2 sub c Aw 2012 is bepaald dat de inhoud van de geschiktheidseisen in een redelijke verhouding moet staan tot het voorwerp van de opdracht.

Klager heeft ter onderbouwing van dit klachtonderdeel betoogd dat er nagenoeg geen partijen zijn die enerzijds zijn gespecialiseerd in het leveren van ICT-diensten aan onderwijsinstanties en anderzijds aan de ISAE 3402 Type II-eis voldoen. De Commissie heeft op basis van het ISAE-register – waar ook klager naar verwijst – vastgesteld dat er tientallen ondernemingen zijn die ICT-diensten buiten de onderwijssector leveren en die wel aan de ISAE 3402 Type II-eis voldoen en mitsdien op perceel 1 van de onderhavige opdracht zouden kunnen inschrijven.

Beklaagde heeft gesteld dat de belangrijkste reden om in de onderhavige aanbestedingsprocedure te vragen om een ISAE 3402 Type II-rapport is gelegen in de omstandigheid dat haar accountant – wanneer een dergelijk rapport eenmaal is afgegeven – zelf geen afzonderlijk onderzoek meer hoeft uit te voeren naar de processen die beklagde heeft uitbesteed. Dit betekent dat wanneer beklagde een leverancier en beheerder van applicaties contracteert die aan de ISAE 3402 Type II-eis voldoet, zij kan besparen op haar accountantskosten. De Commissie is van oordeel dat dit een legitieme reden kan zijn om een dergelijk eis te stellen.

De Commissie realiseert zich dat de hiervoor bedoelde besparing op accountantskosten mogelijk tot een kostenverhoging voor de door beklagde gecontracteerde dienstverlener leidt. Die dienstverlener zal dan immers met regelmatige tussenpozen een ISAE 3402 Type II-rapport moeten laten opstellen. Daar staat echter tegenover dat de dienstverlener deze rapporten in dat geval ook zal kunnen gebruiken om zijn verplichtingen na te komen jegens andere opdrachtgevers met wie hij de ISAE 3402 Type II-eis eveneens is overeengekomen.

Het voorgaande neemt naar het oordeel van de Commissie echter niet weg dat bij de in perceel 1 – waarop klager heeft ingeschreven – gevraagde dienstverlening (Infrastructure as a Service) de opdrachtnemer weliswaar verantwoordelijk is voor de beschikbaarheid van de gehoste applicaties, maar niet verantwoordelijk is voor het beheer van die applicaties. Op de correctheid van de werking van die applicaties kan de opdrachtnemer dus geen invloed uitoefenen. Daarmee is de zware eis van een ISAE 3402 Type II-rapport onvoldoende relevant voor de gevraagde dienstverlening. Beklaagde vraagt dus veel meer van de opdrachtnemer dan noodzakelijk kan worden geacht voor de uitvoering van de onderhavige opdracht.

De Commissie is alles afwegende van oordeel dat de ISAE 3402 Type 2-eis disproportioneel is. Het tweede klachtonderdeel is daarmee gegrond.

Klachtonderdeel 3

Door pas op 22 oktober 2015 – ná haar inschrijving en ná ontvangst van de mededeling van de gunningsbeslissing – een klacht bij beklagde in te dienen met betrekking tot de beweerdelijke inbreuk van beklagde op het transparantiebeginsel, heeft klager de hiervoor bedoelde verplichting niet nageleefd. De Commissie is van oordeel – mede gelet op het bepaalde in de Offerte aanvraag – dat klager haar bezwaren daarmee op een te laat tijdstip naar voren heeft gebracht.

Deze handelwijze van klager staat er aan in de weg dat zij in dit stadium nog kan klagen over het gebrek aan transparantie van de ISAE 3402 Type II-eis.

Het derde klachtonderdeel is derhalve ongegrond.

Klachtonderdeel 4

Klager stelt zich op het standpunt dat zij beschikt over ISO 27001 certificering en dat ISO 27001 meer dan voldoende vergelijkbaar is met ISAE 3402. Aan klager kan weliswaar worden toegegeven dat er overeenkomsten bestaan tussen ISAE 3402 en ISO 27001 – en in zoverre vergelijkbaar zijn – maar dat laat onverlet dat er ook belangrijke verschillen bestaan. Daarmee kan naar het oordeel van de Commissie niet gezegd worden dat beklagde met haar beschikking over ISO 27001 certificering gelijkwaardig voldoet aan de ISAE 3402 Type II-eis. Ook het vierde klachtonderdeel is daarmee ongegrond.

Klachtonderdeel 5

De Commissie stelt allereerst vast dat beklagde – anders dan klager met het klachtonderdeel stelt – in de mededeling van de gunningsbeslissing van 5 oktober 2015 wel degelijk een grond heeft aangegeven waarop het besluit tot ongeldigverklaring van de inschrijving van klager is gebaseerd: volgens beklagde voldoet klager met haar inschrijving niet aan de ISAE 3402 Type II-eis.

Het voorgaande betekent dat het klachtonderdeel in zoverre ongegrond is.

Klager betoogt met het klachtonderdeel echter tevens dat in de mededeling van de gunningsbeslissing een deugdelijke motivering ontbreekt ten aanzien van de beoordeling van de gelijkwaardigheid van ISO 27001 certificering met ISAE 3402. De Commissie stelt vast dat beklagde met de mededeling van de gunningsbeslissing van 5 oktober 2015 klager voor het eerst over de afwijzing van haar inschrijving heeft geïnformeerd. Dat betekent dat die mededeling alle relevante redenen voor de afwijzing diende te bevatten. De Commissie is van oordeel dat beklagde in dat kader niet

kon volstaan met de mededeling dat de in de inschrijving van klager genoemde rapporten ISO 9001 en 27001 niet gelijkwaardig zijn aan een ISAE 3402 Type II rapport, maar dat zij klager meer inzicht had moeten verschaffen in de redenen waarom de bedoelde rapporten niet gelijkwaardig zijn.

Advies en aanbeveling

De Commissie acht onderdelen 1, 3 en 4 van de klacht ongegrond, acht onderdeel 2 van de klacht gegrond en onderdeel 5 van de klacht gegrond, voor zover het klaagt dat beklagde haar mededeling van de gunningsbeslissing onvoldoende heeft gemotiveerd. De Commissie ziet geen kans tot het doen van een aanbeveling.

Het volledige advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts is te raadplegen op www.commissievanaanbestedingsexperts.nl.

138

Commissie van Aanbestedingsexperts
28 februari 2017, Advies 323
(mr. Janssen, mr. Jansen, mr. Chen)
Noot mr. ir. M.B. Klijn

Raamovereenkomst. Wezenlijke wijziging. Heraanbesteding.

[Aanbestedingswet 2012 art. 1.12, 1.13]

Beklagde heeft een nationale openbare aanbestedingsprocedure aangekondigd voor vier raamovereenkomsten met één onderneming (per raamovereenkomst). De vier raamovereenkomsten – die elk één perceel vertegenwoordigen – hebben betrekking op het uitvoeren van binnenschilderwerk. Klager heeft aan de onderhavige aanbestedingsprocedure deelgenomen. Blijkens de mededeling van de gunningsbeslissing van 25 november 2014 kwam zij echter niet voor gunning van een van de vier raamovereenkomsten in aanmerking. Beklagde heeft in december 2014 met betrekking tot perceel 2 een raamovereenkomst gesloten met X. Met betrekking tot perceel 4 heeft zij een raamovereenkomst gesloten met Y. Op 24 maart 2015 is Y in staat van faillissement verklaard. Perceel 4 is door de curator van Y geveild onder de drie gegunde partijen van perceel 1 t/m 3. X heeft het hoogste bod uitgebracht op de raamovereenkomst.

Klacht

Beklaagde had de aan Y opgedragen raamovereenkomst met betrekking tot perceel 4 na het faillissement van Y opnieuw moeten aanbesteden, hetzij door middel van een openbare procedure, hetzij door middel van een daadwerkelijke meervoudig onderhandse procedure, in plaats van die raamovereenkomst door de curator van Y te laten veilen. Nog afgezien van het voorgaande had beklagde die raamovereenkomst ook overigens niet mogen sluiten met X – de opdrachtnemer van perceel 2 in de eerdere nationale openbare aanbestedingsprocedure – aangezien elke inschrijver in die aanbestedingsprocedure maximaal één perceel gegund kon krijgen.

Oordeel Commissie

Met haar in 2014 gemaakte keuze om de raamovereenkomsten aan te besteden op basis van de nationale openbare procedure, heeft beklagde zich op grond van artikel 1.12 en 1.13 Aw 2012 gebonden aan de beginselen van aanbestedingsrecht. De Commissie is van oordeel dat die gebondenheid mede inhoudt dat het beklagde in beginsel niet vrijstond één (of meer) van die raamovereenkomsten na gunning daarvan wezenlijk te wijzigen, zonder die raamovereenkomst opnieuw aan te besteden op basis van een openbare procedure. De Commissie stelt vast dat beklagde in het kader van de hiervoor bedoelde nationale openbare procedure de raamovereenkomst voor perceel 4 aan Y heeft gegund en dat beklagde – na het faillissement van Y – er mee heeft ingestemd dat de curator van Y de uit die raamovereenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen aan X heeft overgedragen. Dat betekent dat er tijdens de uitvoering van de raamovereenkomst voor wat betreft perceel 4 een wijziging van de opdrachtnemer heeft plaatsgevonden.

Naar het oordeel van de Commissie dient een dergelijke wijziging naar analogie van de regels die gelden in het geval van een Europese aanbestedingsprocedure zowel naar oud recht – het recht dat gold ten tijde van de vervanging van Y door X – als naar huidig recht in beginsel als een wezenlijke wijziging van de opdracht te worden gekwalificeerd.

Uitzondering

Naar oud recht is een vervanging van de opdrachtnemer in het kader van een Europese aanbestedingsprocedure toegestaan indien die mogelijkheid tot vervanging, evenals de wijze van toepassing daarvan, uitdrukkelijk is voorzien in de voorwaarden van de oorspronkelijk overeenkomst

Ook naar huidig recht is de vervanging van de oorspronkelijke opdrachtnemer in het kader van een Europese aanbestedingsprocedure in dat geval toegestaan, in die zin dat die mogelijkheid tot vervanging dan moet zijn voorzien in een duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige herzieningsclausule die een omschrijving geeft van de omvang en de aard van de vervanging alsmede van de voorwaarden waaronder de mogelijkheid tot vervanging kan worden gebruikt en die niet voorziet in een vervanging die de algemene aard van de opdracht kan veranderen.

De Commissie stelt vast dat de overdracht aan X – door de curator van Y en met instemming van beklagde – van de uit de oorspronkelijke raamovereenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van Y heeft plaatsgevonden op basis van artikel 8 van de Concept raamovereenkomst in Bijlage 2 van het Beschrijvend Document. De Commissie gaat er van uit dat die bepaling na afronding van de nationale openbare aanbestedingsprocedure is overgenomen in de definitieve raamovereenkomst die beklagde in december 2014 met betrekking tot perceel 4 met Y heeft gesloten. Dit artikel bepaalt dat de opdrachtnemer niet gerechtigd is de uit de raamovereenkomst of nadere opdrachten voortvloeiende rechten en verplichtingen zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van beklagde aan een derde over te dragen en dat beklagde aan deze toestemming voorwaarden kan verbinden.

De te beantwoorden vraag is vervolgens of artikel 8 van de raamovereenkomst kwalificeert als een duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige herzieningsclausule die voldoet aan de randvoorwaarden. De Commissie is van oordeel dat die vraag ontkennend dient te worden beantwoord. Artikel 8 geeft beklagde immers een in beginsel onbeperkte vrijheid om ten opzichte van de opdrachtnemer de voorwaarden te bepalen waaronder de vervanging van die opdrachtnemer door een derde kan plaatsvinden. Daarmee geeft artikel 8 onder andere geen enkel inzicht in de wijze waarop beklagde (in samenspraak met de curator van de opdrachtnemer) tot de keuze van een nieuwe opdrachtnemer zal kunnen komen wanneer de oorspronkelijke opdrachtnemer – zoals in het onderhavige geval is gebeurd – faillieert. Naar het oordeel van de Commissie voldoet artikel 8 daarmee niet aan randvoorwaarde dat een duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige herzieningsclausule onder andere de voorwaarden dient te beschrijven waaronder de mogelijkheid tot vervanging van de oorspronkelijke opdrachtnemer kan worden ge-

bruikt. De Commissie beschouwt deze randvoorwaarde als een uitvloeisel van het transparantiebeginsel.

Het voorgaande betekent dat de vervanging van Y door X geen grondslag vond in een duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige herzieningsclausule die voldoet aan de randvoorwaarden. Daarmee kwalificeert de vervanging van Y door X als een wezenlijke wijziging van de oorspronkelijke tussen beklagde en Y met betrekking tot perceel 4 gesloten raamovereenkomst. De consequentie daarvan is dat beklagde die raamovereenkomst na het faillissement van Y opnieuw had moeten aanbesteden op basis van een openbare procedure. Het voorgaande betekent dat de klacht gegrond is.

Advies

De Commissie acht de klacht gegrond en ziet geen kans tot het doen van een aanbeveling.

Het volledige advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts is te raadplegen op www.commissievanaanbestedingsexperts.nl.

NOOT

In hoeverre een wezenlijke wijziging na een nationaal openbare procedure is toegestaan

In dit advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts ('CvAE') staan met name de volgende vragen centraal:

- 1) betekent een wezenlijke wijziging na een nationaal openbare procedure een verplichting tot toepassing van een nieuwe nationaal openbare procedure; en
- 2) hoe ruim zijn de uitzonderingsgronden voor wijziging van de opdrachtnemer als bedoeld in artikel 2.163f Aw 2012?

De zaak betreft in de kern (voor zover relevant in het kader van deze noot) een raamovereenkomst die is gesloten na een nationale openbare aanbestedingsprocedure. Een paar maanden na de gunning is de opdrachtnemer in kwestie failliet gegaan. De curator heeft de raamovereenkomst vervolgens meervoudig onderhands gevraagd, waarna de hoogste bieder de overeenkomst heeft overgenomen. De aanbestedende dienst heeft aan deze contractsovername zijn medewerking verleend.

Wezenlijke wijziging na nationaal openbare procedure

De CvAE stelt voorop dat de keuze van de aanbestedende dienst om de raamovereenkomst aan te besteden op basis van de nationale openbare procedure gebondenheid aan de beginselen van aanbestedingsrecht tot gevolg heeft. Dit lijkt mij juist. De CvAE is ook van oordeel dat dit in geval van een wezenlijke wijziging na gunning betekent dat de aanbestedende dienst de raamovereenkomst opnieuw op basis van een openbare procedure moet aanbesteden. Op dit punt is de CvAE naar mijn mening iets te stellig.

Onder toepasselijkheid van de Europese aanbestedingsrichtlijnen vormen volgens het Europese Hof wijzigingen van de bepalingen van een overeenkomst inzake een overheidsopdracht tijdens de geldigheidsduur ervan een nieuwe plaatsing van een opdracht wanneer – kort gezegd – sprake is van een wezenlijke wijziging.¹ De CvAE meent dat het leerstuk van de wezenlijke wijziging ook toepassing vindt in een situatie van een nationale aanbesteding. Op zichzelf lijkt mij dit juist aangezien dit leerstuk voortvloeit uit de beginselen van aanbestedingsrecht, die ook bij een nationale aanbesteding gelden. Is sprake van een wezenlijke wijziging, dan wordt aangenomen dat hiermee – in aanbestedingsrechtelijke zin – sprake is van een nieuwe opdracht. Dan valt er naar mijn mening wat voor te zeggen dat de nieuwe opdracht ook op zichzelf dient te worden beschouwd voor de vraag of deze al dan niet (Europees, nationaal, meervoudig onderhands) moet worden aanbesteed. Dit geldt mijns inziens des te meer in geval van een oorspronkelijk gehouden nationaal openbare of meervoudig onderhandse procedure, voor de toepassing waarvan destijds in beginsel uit eigen beweging zal zijn gekozen (afgezien van eventuele intern opgelegde verplichtingen bij wijze van eigen inkoop-/aanbestedingsreglementen).² Is de

¹ HvJ 19 juni 2008, C-454/06, r.o. 34.

² Net zoals bij een 'private' aanbesteding. Vgl. Hof Den Haag 30 september 2014 ECLI:NL:GHDHA:2014:3028, ov. 8: "In die laatste situatie [opdracht wordt wezenlijk gewijzigd, MK] heeft immers te gelden dat er sprake is van een nieuwe opdracht die in het geval van een private aanbestedende niet aanbestedings-

nieuwe opdracht niet (Europees) aanbestedingsplichtig, dan zou het de aanbestedende dienst in beginsel volledig vrij staan deze al dan niet aan te besteden.

Hier zou evenwel tegen in kunnen worden gebracht dat dit een onbeperkte mogelijkheid aan een aanbestedende dienst zou geven om een opdracht die is gegund na een nationaal openbare of meervoudig onderhandse aanbesteding naar hartenlust te wijzigen. Het gelijkheidsbeginsel zou dan na gunning nagenoeg geen betekenis meer toekomen. Dit lijkt een onwenselijke situatie. Echter, in de onderhavige situatie speelde dit niet. Er was sprake van een aanbestedende dienst die – ongetwijfeld tot zijn spijt – werd geconfronteerd met het faillissement van de opdrachtnemer, naar we mogen aannemen buiten zijn schuld en onvoorzien. Het is de vraag of onder dergelijke omstandigheden een wijziging als de onderhavige niet zou moeten worden toegelaten. De CvAE gaf haarzelf daarvoor evenwel de ruimte niet, doordat zij – op zichzelf niet onbegrijpelijk – naar analogie artikel 2.163f en 2.163g Aw toepasselijk achtte. Hiermee haalde zij de strenge toets voor toelaatbaarheid van vervanging van de opdrachtnemer naar binnen. Helaas voor de aanbestedende dienst, achtte zij geen uitzonderingsgrond aanwezig (zie hierna).

Wijziging opdrachtnemer in geval van faillissement

De eerste uitzonderingsgrond betrof die van de duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige herzieningsclausule die een omschrijving geeft van de omvang en de aard van de vervanging alsmede van de voorwaarden waaronder de mogelijkheid tot vervanging kan worden gebruikt, met behoud van de aard van de opdracht (artikel 2.163f aanhef onder a Aw 2012). In de onderhavige casus vond de contractoverneming plaats op basis van een algemeen geformuleerde bepaling in de raamovereenkomst. Kort gezegd: voor overdracht van rechten en verplichtingen is voorafgaande toestemming van opdrachtgever nodig, die daaraan voorwaar-

den kan verbinden. De CvAE oordeelde deze – op zichzelf terecht – als onvoldoende voor onderhandse contractoverneming.

De tweede uitzonderingsgrond betrof die van vervanging ten gevolge van 'rechtsopvolging onder algemene of bijzondere titel in de positie van de aanvankelijke opdrachtnemer, ten gevolge van herstructurering van de onderneming, waaronder door insolventie, door een andere ondernemer die voldoet aan de oorspronkelijk vastgestelde geschiktheidseisen, mits dit geen andere wezenlijke wijzigingen meebrengt en dit niet gebeurt met het oogmerk om zich te onttrekken aan de toepassing van deel 2 van deze wet.'¹ Er was weliswaar sprake van insolventie, maar de vervanging van de opdrachtnemer hield geen verband met een herstructurering van de oorspronkelijke opdrachtnemer. Ook op dit punt is het oordeel van de CvAE naar mijn mening juist.

Conclusie

Uitgangspunt is dat een aanbestedende dienst die kiest voor een nationale openbare procedure daarmee gebonden is aan de beginselen van aanbestedingsrecht. Het is echter de vraag of dit in alle gevallen feitelijk dezelfde uitwerking zou moeten hebben als bij een Europese aanbestedingsprocedure. Naar mijn mening zou dit afhankelijk van de specifieke omstandigheden anders kunnen zijn. Bijvoorbeeld in een situatie als de onderhavige, waarin de gewijzigde opdracht op zichzelf niet aanbestedingsplichtig was en de betrokken aanbestedende dienst geen enkele blaam voor de ontstane situatie van de failliete opdrachtnemer trof.³

M.B. Klijn,
advocaat bij Houthoff Buruma

plichtig is en ten aanzien waarvan de eerdere inschrijvers niet kunnen eisen dat opnieuw een aanbestedingsprocedure wordt georganiseerd."

3 Een ander voorbeeld zou kunnen zijn een wijziging die het gevolg is van onvoorziene omstandigheden, maar die verandering in de algemene aard van de opdracht meebrengt, waardoor de uitzondering van artikel 2.163e niet aan de orde kan zijn.

139

Commissie van Aanbestedingsexperts
28 februari 2017, Advies 383
(mr. Janssen, mr. Jansen, mr. Chen)

(On)geldigheid inschrijving. Herstelmogelijkheid. Ontbreken Gedragsverklaring Aanbesteden.

[Aanbestedingswet 2012 art. 1.8, 1.9, 2.55, 2.48, 2.85, 2.102]

Beklaagde heeft op 14 april 2016 een Europese openbare procedure aangekondigd voor een raamovereenkomst met meerdere ondernemingen ten behoeve van de inkoop van maatwerkvoorzieningen Ondersteuning Zelfstandig Leven, Ondersteuning Maatschappelijke Deelname, Kortdurend Verblijf en Naschoolse Dagbehandeling voor de inwoners van beklagde (14 gemeenten).

Klager heeft een Verklaring Omtrent het Gedrag in plaats van een Gedragsverklaring Aanbesteden geüpload. Zij stelt dat het uploaden van een verkeerd document weliswaar een administratieve fout betreft maar dat het een formeel niet bindend document betreft zodat de inschrijving onterecht terzijde is gelegd. Daarnaast merkt klager op dat zij tijdens het aanbestedingsproces niet op de hoogte is gesteld van het feit dat zij een verkeerd document heeft geüpload, en daardoor niet in de gelegenheid is geweest haar fout te herstellen.

Uitleg Aanbestedingsleidraad

De Commissie is van oordeel dat alle redelijk geïnformeerde normaal zorgvuldige inschrijvers de selectie-eis in paragraaf 1.2.6 van de Aanbestedingsleidraad zo zullen hebben begrepen dat een inschrijver niet alleen over een Gedragsverklaring Aanbesteden diende te beschikken, maar dat hij die Gedragsverklaring Aanbesteden bovendien bij zijn inschrijving moest uploaden. Dat laatste is immers expliciet in selectie-eis 1.2.6 bepaald, terwijl dat voor andere selectie-eisen nu juist niet is bepaald. Het voorgaande betekent naar het oordeel van de Commissie dat klager niet aan de selectie-eis heeft voldaan, aangezien zij de Gedragsverklaring Aanbesteden niet bij haar inschrijving heeft geüpload.

Herstel

Daarmee komt de Commissie toe aan de vraag of het niet voldoen aan selectie-eis 1.2.6 een gebrek in de inschrijving van klager oplevert dat zich voor herstel leent. Bij de beantwoording van die vraag neemt de Commissie het toetsingskader in haar eerdere Advies 257 (overweging 5.3.3 en 5.3.4) tot uitgangspunt.

De wetgever heeft in artikel 2.55 Aw 2012 een bevoegdheid voor de aanbestedende dienst gecreëerd die inhoudt dat een aanbestedende dienst een ondernemer kan vragen om zijn inschrijving of verzoek om deelneming nader toe te lichten of aan te vullen, met inachtneming van de artikelen 2.48, 2.85 en 2.102 Aw 2012. Voor de beantwoording van de vraag hoe die bevoegdheid in het onderhavige geval kan en moet worden uitgeoefend, dient artikel 2.55 Aw 2012 te worden geïnterpreteerd in het licht van Richtlijn 2004/18/EG en de uitleg die het HvJ EU (en in navolging daarvan ook het Hof Den Bosch 24 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:618, r.o. 3.7) daaraan heeft gegeven.

De hiervoor bedoelde jurisprudentie komt er – kort gezegd – op neer dat wanneer een inschrijver zijn inschrijving heeft ingediend, hij deze inschrijving in beginsel niet meer mag aanpassen op initiatief van de aanbestedende dienst of van de inschrijver zelf. De verplichting van een aanbestedende dienst om inschrijvers op gelijke en niet-discriminerende wijze te behandelen (zie ook artikel 1.8 Aw 2012) en de hieruit voortvloeiende transparantieplichting (zie artikel 1.9 lid 1 Aw 2012) verzetten zich daartegen. Deze verplichtingen staan er echter niet aan in de weg dat, in uitzonderlijke gevallen, de inschrijvingen gericht kunnen worden verbeterd of aangevuld, met name omdat deze klaarblijkelijk een eenvoudige preciserende behoeven, of om kennelijke materiële fouten recht te zetten, mits deze wijziging er niet toe leidt dat in werkelijkheid een nieuwe inschrijving wordt voorgesteld (HvJ EU 29 maart 2012, zaak C-599/10 (SAG), r.o. 40). Het maken van een dergelijke uitzondering is echter uitgesloten ingeval van ontbrekende informatie die op straffe van uitsluiting moet worden verstrekt (HvJ EU 10 oktober 2013, zaak C-336/12 (Manova), r.o. 40).

De Commissie is van oordeel dat alle redelijk geïnformeerde normaal zorgvuldige inschrijvers de Aanbestedingsleidraad zo zullen hebben begrepen dat wanneer een inschrijver niet voldoet aan selectie-eis 1.2. er sprake is van een gebrek in de inschrijving dat zich niet voor herstel leent.

Het voorgaande betekent dat beklagde de inschrijving van klager terecht als ongeldig terzijde heeft gelegd zonder klager nog in de gelegenheid te stellen het gebrek in haar inschrijving te herstellen.

Advies en aanbeveling

De Commissie acht de klacht ongegrond en ziet geen kans tot het doen van een aanbeveling.

Het volledige advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts is te raadplegen op www.commissievanaanbestedingsexperts.nl.

Met «JAAN» wordt beoogd zo veel mogelijk interessante uitspraken op het gebied van het aanbestedingsrecht te publiceren. Indien u beschikt over uitspraken die naar uw oordeel (mogelijk) geschikt zijn voor publicatie in «JAAN», verzoekt de redactie u deze ter beoordeling te sturen naar:

aanbestedingsrecht@sdu.nl

Ook als u zelf graag eens een annotatie voor «JAAN» zou willen schrijven, kunt u contact opnemen via aanbestedingsrecht@sdu.nl.

©Sdu Uitgevers 2017.

Alle rechten voorbehouden.

Behoudens de door de Auteurswet gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden vervaelvoudigd (waaronder begrepen het opslaan in een geautomatiseerd gegevensbestand) of openbaar gemaakt, op welke wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. De bij toepassing van art. 16b en 17 Auteurswet wettelijk verschuldigde vergoedingen wegens fotokopiëren, dienen te worden voldaan aan de Stichting Pro, Postbus 3060, 2130 KB te Hoofddorp (www.stichting-pro.nl). Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken op grond van art. 16 Auteurswet dient men zich tevoren tot de uitgever te wenden. Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgevers geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten of onvolkomenheden. Het al dan niet op verzoek van de redactie aanbieden van artikelen aan «JAAN» impliceert toestemming voor openbaarmaking en vervaelvoudiging t.b.v. de elektronische ontsluiting van (delen van) «JAAN» in enige vorm.

Citeertitel:

«JAAN» jaartal/nummer uitspraak (voorbeeld: «JAAN» 2017/10)

Jurisprudentie Aanbestedingsrecht

Redactie

mr. T.G. Zweers-te Raaij (Vz), advocaat Nysingh advocaten-notarissen N.V.

mr. L. Knoups, advocaat Severijn Hulshof advocaten

mr. M. Nusteen, bedrijfsjurist TenneT

mr. M.G. Rauws, senior bestuurlijk juridisch adviseur provincie Utrecht

mr. E.E. Zeelenberg, advocaat Hekkelman Advocaten & Notarissen

Samenvattingen Europese en nationale jurisprudentie
Instituut voor Bouwrecht

Adviseur van de redactie

mr. L.J.W. Sueters, Bartels Sueters Aanbestedingsadvocaten

Redactieadres

Sdu Uitgevers

Astrid Turlings

Postbus 20025, 2500 EA Den Haag

e-mail: aanbestedingsrecht@sdu.nl

Uitgever

Dineke Sonderen

ISSN: 2214-2029

opmaat.sdu.nl

Abonnementen en -administratie

«JAAN» verschijnt 8 maal per jaar op papier. Een abonnement op «JAAN» wordt per kwartaal in rekening gebracht. U krijgt ook toegang tot het digitale archief van «JAAN» op opmaat.sdu.nl. Toegang tot «JAAN» via de Sdu Tijdschriften App (Stapp, te downloaden in de App Store en via Google Play) maakt ook onderdeel uit van het abonnement. Stapp is geschikt voor zowel iOS (Apple) als Android (Google). Abonnementen kunnen worden opgegeven bij: Sdu Klantenservice o.v.v. «JAAN», Postbus 20014, 2500 EA Den Haag; tel: (070) 378 98 80 fax: (070) 378 97 83; e-mail: info@sdu.nl of via www.sdu.nl. Vanwege de aard van de uitgave, gaat Sdu uit van een zakelijke overeenkomst; deze overeenkomst valt onder het algemene verbintenissenrecht.

Wij verwerken uw gegevens voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst en om u, ook per e-mail, op uw vakgebied van informatie te voorzien over uitgaven en diensten van Sdu Uitgevers bv. In iedere e-mail is een afmeldmogelijkheid opgenomen. Als u in het geheel geen prijs stelt op deze informatie, ook niet over producten en diensten van zorgvuldig door Sdu geselecteerde derden, dan kunt u dit schriftelijk melden bij Sdu Klantenservice, Postbus 20014, 2500 EA Den Haag. Abonnementen gelden voor minimaal één jaar en hebben een opzegtermijn van twee maanden. Onze uitgaven zijn ook verkrijgbaar in de boekhandel. Voor informatie over onze leveringsvoorwaarden kunt u terecht op www.sdu.nl.

Advertentie-acquisitie

Sdu Uitgevers

Business Line Legal, Tax & Regulatory

Postbus 20025, 2500 EA Den Haag

Tel.: 070-3780350

Fax: 070-7999817

E-mail: sdu.advertiser@sdu.nl

www.sduadvertiser.nl

