

«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 5 – 11 juli 2017 – Jaargang 14

- Kan een andere inschrijver zich erop beroepen dat een abnormaal lage inschrijving nader onderzocht moet worden?** p. 586
S.W. Haket LLM
- 140*** Hof van Justitie EU p. 595
4 mei 2017, nr. C-387/14, ECLI:EU:C:2017:338
Gelijkheidsbeginsel. Transparantiebeginsel. Non-discriminatiebeginsel. Wezenlijke wijziging. Beroep op derden/onderaannemers. Valse verklaringen.
[Richtlijn 2004/18/EG art. 2, 44, 45, 48, 51]
Noot mr. D.R. Versteeg
- 141** Hof van Justitie EU p. 612
11 mei 2017, nr. C-131/16, ECLI:EU:C:2017:358
Gelijkheidsbeginsel. Transparantiebeginsel. Wijziging inschrijving. Bepaalde Overheidsopdracht.
[Richtlijn 2004/17/EG art. 10; Richtlijn 92/13/EG art. 1 lid 3]
- 142** Hof van Justitie EU p. 622
8 juni 2017, zaak C-296/15, ECLI:EU:C:2017:431
Vrij verkeer Europese Unie. Beginsel van prioritaire bevoorrading. Vereiste van nationale oorsprong. Vrij verkeer van diensten. Gelijkheidsbeginsel.
[Richtlijn 2004/18/EG art. 2, 23; Richtlijn 2001/83/EG art. 110; Richtlijn 2002/98/EG art. 4; VWEU art. 34, 36]
- 143** Voorzieningenrechter Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba p. 636
24 mei 2017, nr. K.G. 750 van 2017, ECLI:NL:OGEEA:2017:402
Heraanbesteding. Overeenkomst. Belangenafweging. Aanbestedingsplicht

- 144 Vilniaus apygardos teismas (regionale rechter Vilnius, Litouwen) p. 637
 27 april 2017, zaak C-567/15 verzoek om een prejudiciële beslissing (Concl. M. Campos Sánchez-Bordona)
 (Concl. A-G Campos Sánchez-Bordona)
 Aanbestedende dienst. Publiekrechtelijke instelling. In house-gunning.
 [Richtlijn 2004/18/EG art. 2; Richtlijn 2004/17/EG art. 1; Richtlijn 2014/24/EU art. 12]
- 145 Consiglio di Stato (Italië) p. 639
 11 mei 2017, zaak C-223/16 verzoek om een prejudiciële beslissing (Concl. N. Wahl)
 (Concl. A-G mr. Wahl)
 Beroep op derden/onderaannemers. Gelijkheidsbeginsel. Transparantiebeginsel. Wezenlijke wijziging. Evenredigheidsbeginsel.
 [Richtlijn 2004/18/EG art. 47, 48; Richtlijn 2014/24/EG art. 63]
- 146 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden p. 641
 23 mei 2017, nr. 200.206.953/01, ECLI:NL:GHARL:2017:4396
 Selectiefase. Beoordeling selectiecriteria. Audit. Uitvoeringseisen.
- 147 Rechtbank Midden-Nederland p. 643
 13 september 2013, nr. C/16/348569/KG ZA 13-540,
 ECLI:NL:RBMNE:2013:8031
 Uitsluiting. Ernstige fout in de uitoefening van het beroep. Mededingingsrecht. Proportionaliteitsbeginsel.
 [Mw art. 6; Bao art. 45]
- 148 Rechtbank Den Haag p. 645
 31 mei 2017, nr. C/09/515624/HA ZA 16-894, ECLI:NL:RBDHA:2017:5836
 Inschrijfkosten. Onrechtmatige daad. (On-)geldigheid inschrijving. Vordering tot schadevergoeding onderaannemer.
 [BW art. 6:162, 6:163]
- 149 Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag p. 646
 31 oktober 2016, nr. C/09/515800/KG ZA 16/951,
 ECLI:NL:RBDHA:2016:17058
 Eigen verklaring. Valse verklaring. Uitsluiting. Ernstige fout in de uitoefening van het beroep. Verplichte uitsluitingsgronden. Rechtsverwerking. Proportionaliteitsbeginsel.
 [Aanbestedingswet 2012 art. 2.87, 2.88, 2.10; Richtlijn 2004/18 EG art. 45, 57; Mw; Tw]
- 150 Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag p. 648
 31 oktober 2016, nr. C/09/517473/KG ZA 16/1043,
 ECLI:NL:RBDHA:2016:17059
 (On-)geldigheid inschrijving. Beoordelingsmethodiek. Kwalitatieve gunningscriteria. Gelijkheidsbeginsel. Transparantiebeginsel.
 [Aanbestedingsreglement Werken 2012 art. 2.26.2]

- 151 Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag p. 650
 15 november 2016, nr. C/09/518398/KG ZA 16/1103,
 ECLI:NL:RBDHA:2016:17061
 (On-)geldigheid inschrijving. Manipulatieve inschrijving.
- 152 Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag p. 651
 15 november 2016, nr. C/09/518218/KG ZA 16/1090,
 ECLI:NL:RBDHA:2016:17062
 (On-)geldigheid inschrijving. Manipulatieve inschrijving.
- 153 Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag p. 652
 12 januari 2017, nr. C-09-521521-KG ZA 16-1375, ECLI:NL:RBDHA:2017:4854
 Marktconsultatie. Toelaatbaarheid gunningscriteria. Kwalitatieve gunningscri-
 teria. Beoordelingsmethodiek.
 [Aanbestedingswet 2012 art. 1.4, 2.38]
- 154* Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag p. 654
 12 januari 2017, nr. C-09-521602-KG ZA 16-1383, ECLI:NL:RBDHA:2017:4856
 Marktconsultatie. Concernregeling. Mededingingsrecht. Motivering gunnings-
 beslissing. Gelijkheidsbeginsel.
 [Aanbestedingswet 2012 art. 2.38, 2.39, 2.130; BW art. 2:24a, 2:24b]
 Noot mr. J.I. Kohlen
- 155 Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag p. 670
 14 februari 2017, nr. C/09/524107/KG ZA 16-1570, ECLI:NL:RBDHA:2017:4897
 (On-)geldigheid inschrijving. Digitaal aanbestedingsplatform. Herstelmogelijk-
 heid.
- 156* Voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam p. 671
 8 maart 2017, nr. 620826/KG ZA 16-1515, ECLI:NL:RBAMS:2017:1504
 Best Value Procurement. Irreële inschrijving. Maatschappelijke waarde.
 [Aanbestedingswet 2012 art. 1.4 lid 2, 2.116]
 Zie openingsnoot S.W. Haket LLM
- 157 Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag p. 677
 8 maart 2017, nr. C/09/523523/KG ZA 16-1514, ECLI:NL:RBDHA:2017:5094
 (On-)geldige inschrijving. Eenvoudig herstel. Gelijkheidsbeginsel. Transparan-
 tiebeginsel. Wezenlijke wijziging.
- 158* Voorzieningenrechter Rechtbank Gelderland p. 679
 27 maart 2017, nr. 315354, ECLI:NL:RBGEL:2017:2042
 Beoordelingsmethodiek. Kwalitatieve gunningscriteria. Uitleg. Transparantie-
 beginsel. Gelijkheidsbeginsel. Marginale toetsing.
 [Aanbestedingswet 2012 art. 2.113, 2.115]
 Noot mr. M.C. Pinto
- 159 Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag p. 692
 4 april 2017, nr. C-09-526434-KG ZA 17-161, ECLI:NL:RBDHA:2017:5033
 Concurrentiegerichte dialoog. Selectie. Beoordeling geschiktheidseisen. Beoor-
 deling referentieprojecten. Gelijkheidsbeginsel. Herstelmogelijkheid.
 [Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied par. 2.2.2.1]

- 160*** Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam p. 694
 6 april 2017, nr. C/10/521302/KG ZA 17-177, ECLI:NL:RBROT:2017:2607
 Voeging. Tussenkomst. Combinatie. Mededingingsrecht. Misbruik van
 economische machtspositie. Abnormaal lage inschrijving. (On-)geldigheid
 inschrijving.
 [Mw art. 24 lid 1]
 Zie openingsnoot S.W. Haket LLM
- 161** Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag p. 700
 14 april 2017, nr. C/09/526660/KG ZA 17-176, ECLI:NL:RBDHA:2017:4930
 Toelaatbaarheid beoordelingsmethodiek. Motivering gunningsbeslissing.
 Kwalitatieve gunningscriteria. Transparantiebeginsel. Gelijkheidsbeginsel.
 Facultatieve uitsluitingsgrond.
 [Aanbestedingswet 2012 art. 2.86, 2.87; Wet Bibob]
- 162*** Voorzieningenrechter Rechtbank Gelderland p. 702
 26 april 2017, nr. C/05/317261/KG ZA 17-132, ECLI:NL:RBGEL:2017:2447
 (On-)geldigheid inschrijving. Motivering gunningsbeslissing. Gelijkheids-
 beginsel. Uitleg aanbestedingsstukken. Gelijkheidsbeginsel. Transparantie-
 beginsel. Rechtsverwerking. Alcatel- en vervaltermijn.
 Noot mr. A.H. Klein Hofmeijer
- 163** Voorzieningenrechter Rechtbank Gelderland p. 717
 2 mei 2017, nr. 316474 KG ZA 17-113, ECLI:NL:RBGEL:2017:2913
 Best Value Procurement. (On-)geldigheid inschrijving. Herbeoordeling.
 Uitleg. Beoordelingsmethodiek.
- 164** Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag p. 718
 4 mei 2017, nr. C-09-528795-KG ZA 17-334, ECLI:NL:RBDHA:2017:4646
 (On-)geldigheid inschrijving. Motivering gunningsbeslissing. Bestekscon-
 forme inschrijving. Proportionaliteit uitsluiting. Gelijkheidsbeginsel.
 [Aanbestedingsreglement Werken 2012 art. 3.25.1]
- 165** Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag p. 720
 22 mei 2017, nr. C-09-529248-KG ZA 17-371, ECLI:NL:RBDHA:2017:6310
 Intrekking gunningsbeslissing. (On-)geldigheid inschrijving. Uitsluiting.
 Niet-ontvankelijkheid. Ondeelbare rechtsverhouding.
 [Rv art. 118]
- 166** Voorzieningenrechter Rechtbank Noord-Nederland p. 721
 24 mei 2017, nr. C/17/154202/KG ZA 17-67, ECLI:NL:RBNNE:2017:1884
 Beoordeling gunningscriteria. Kwalitatieve gunningscriteria.
- 167** Voorzieningenrechter Rechtbank Overijssel p. 723
 24 mei 2017, nr. C/08/200381/KG ZA 17-105, ECLI:NL:RBOVE:2017:2162
 Beoordeling gunningscriteria. Toelaatbaarheid gunningscriteria.
- 168*** Voorzieningenrechter Rechtbank Noord-Nederland p. 724
 2 juni 2017, nr. C 17/154259/KG ZA 17/73, ECLI:NL:RBNNE:2017:1981
 Uitleg gunningscriteria. Abnormaal lage inschrijving. Level playing field.
 Transparantiebeginsel. Gelijkheidsbeginsel.
 Zie openingsnoot S.W. Haket LLM

Commissie van Aanbestedingsexperts

- 169*** Commissie van Aanbestedingsexperts p. 738
24 februari 2017, Advies 401
Proportionaliteit geschiktheidseisen. Proportionaliteit selectiecriteria. Referentie-eisen. Stapeling kerncompetenties.
[Aanbestedingswet 2012 art. 1.10; Gids Proportionaliteit Voorschrift 3.4 A, Voorschrift 3.5 G lid 1]
Noot mr. M.M. Fimerius, mr. M. Turk
- 170*** Commissie van Aanbestedingsexperts p. 742
28 februari 2017, Advies 287
Gelijkheidsbeginsel. Transparantiebeginsel. Kwalitatieve gunningscriteria. Motivering gunningsbeslissing. Gunningssystematiek. Beoordelingsmethodiek. Rechtsverwerking. Gefaseerde inschrijvings- en gunningsprocedure. Deelbeslissing. Klachtencommissie.
[Aanbestedingswet 2012 art. 1.12, 2.130]
Noot mr. J.W.A. Meesters

Kan een andere inschrijver zich erop beroepen dat een abnormaal lage inschrijving nader onderzocht moet worden?

De uitspraak

De uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam van 8 maart 2017 betreft een geding tussen Maas International B.V. (hierna: Maas) en de Gemeente Amsterdam (hierna: de gemeente) (Selecta B.V., de gekozen inschrijver, voegde zich in dit geding aan de zijde van laatstgenoemde). De gemeente had een openbare procedure uitgeschreven voor het sluiten van een raamovereenkomst inzake een overheidsopdracht voor het leveren van volledig verzorgde warme drankvoorzieningen/koffieautomaten op gemeentelijke locaties. De inschrijfprijs van Maas bedroeg € 2.407.125,00 en die van Selecta € 1.650.600,00.

In het geding betoogde Maas allereerst dat de gekozen inschrijving manipulatief of irreëel was; vooral met het oog op de hoge kwaliteitseisen die door de gemeente werden gesteld, zou Selecta met haar aanbieding de opdracht niet naar behoren kunnen nakomen. De voorzieningenrechter overwoog dat “een inschrijving pas als manipulatief of irreëel kan worden aangemerkt als op voorhand vast staat dat de inschrijver zijn inschrijving niet kan waarmaken en zal tekortschieten in de nakoming”.¹ Om die reden, en omdat gekozen is voor toepassing van de methode van de prestatie-inkoop, achtte de voorzieningenrechter het geboden terughoudendheid te betrachten bij de beoordeling of sprake is van een manipulatieve of irreële inschrijving.² Of van een dergelijke inschrijving sprake is werd vervolgens onderzocht aan de hand van verscheidene kenmerken van de gekozen inschrijving en de inschrijving van Maas.³ De voorzieningenrechter concludeerde dat niet aannemelijk is geworden dat de inschrijfprijs manipulatief of irreëel is.⁴

Vervolgens onderzocht de voorzieningenrechter het betoog van Maas dat de gemeente gehouden was om bij een abnormaal lage inschrijving de inschrijver om een toelichting te vragen. Maas wees voor het bestaan van een verplichting tot verificatie op artikel 2.116 Aw 2012 en het arrest SAG van het HvJ.⁵ In reactie hierop overwoog de voorzieningenrechter als volgt:

“(…) uit artikel 2.116 Aw 2012 volgt dat de aanbestedende dienst een discretionaire bevoegdheid heeft om te beoordelen of sprake is van een abnormaal lage inschrijving. In de lagere nationale rechtspraak is voorts geoordeeld dat artikel 2.116 Aw 2012 is geschreven ter bescherming van de belangen van de aanbestedende dienst en dat aan haar de keuze is om van de mogelijkheid die dit artikel biedt gebruik te maken”.⁶

1 Vzr. Rb. Amsterdam 8 maart 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:1504, r.o. 4.1.

2 Ibid, en r.o. 4.2.

3 Ibid, r.o. 4.3-4.5.

4 Ibid, r.o. 4.5. De overwegingen van de voorzieningenrechter betreffen allereerst de kostenposten in relatie tot de gestelde kwaliteitseisen. Samengevat komen de overwegingen erop neer dat de gekozen inschrijving met een scherpere prijs en minder kwaliteit kennelijk toch voldoet aan de kwaliteitseisen; de aanbieding van Maas is luxer dan de gekozen inschrijving, maar dat betekent niet dat sprake is van een irreële prijs, waarbij tevens wordt gewezen op de keuze voor toepassing van de methode van de prestatie-inkoop en de omstandigheid dat minimaal een kostendekkende (in plaats van een marktconforme) prijs diende te worden aangeboden. Ten tweede keek de voorzieningenrechter naar de bedrijfsvoering en prijsvorming. Hij overwoog dat dit aspect niet maatgevend is voor de beoordeling of de gekozen inschrijving irreëel is, maar voegde daaraan toe dat niet is komen vast te staan dat de bedrijfsvoering van Maas en de gekozen inschrijver gelijkwaardig zijn of dat eerstgenoemde bepaalde kostenvoordelen geniet ten opzichte van laatstgenoemde.

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

6 Vzr. Rb. Amsterdam 8 maart 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:1504, r.o. 4.6.

Dat het Unierecht een ander oordeel eist achtte de voorzieningenrechter “voorshands niet aanne-
melijk”.⁷

In deze annotatie wordt besproken in hoeverre de beslissing van de voorzieningenrechter over de vraag wanneer om een toelichting dient te worden verzocht bij een abnormaal lage inschrijving verenigbaar is met het Unierecht. Voor de beantwoording van die vraag wordt in de paragraaf hieronder eerst ingegaan op het juridisch kader dat van toepassing was vóór implementatie van Richtlijn 2014/24. In de daaropvolgende paragraaf wordt ingegaan op het juridisch kader na implementatie. Deze benadering is gekozen omdat op die manier enerzijds de beslissing van de voorzieningenrechter wordt geplaatst in het perspectief van de heersende lijn in de jurisprudentie van de Nederlandse rechter, die onder het oude regime werd ontwikkeld en, anderzijds, hierdoor nauwkeuriger kan worden gezien of de voorzieningenrechter zich wel voldoende rekenschap heeft gegeven van het nieuwe juridische kader dat van toepassing is na implementatie van Richtlijn 2014/24. Na deze twee paragrafen bespreek ik kort hoe de beslissing van de voorzieningenrechter zich verhoudt tot zijn verantwoordelijkheden onder het Unierecht.

Juridisch kader vóór implementatie van Richtlijn 2014/24

De beslissing van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam in de uitspraak van 8 maart 2017 is in overeenstemming met de heersende lijn in de jurisprudentie van de Nederlandse rechter die werd ontwikkeld onder het regime van Richtlijn 2004/18. Die lijn bepaalt kort weergegeven dat (i) de regeling inzake abnormaal lage inschrijvingen is geschreven ten gunste van de aanbestedende dienst (en tevens de vermoedelijk abnormaal lage inschrijver indien de aanbestedende dienst voornemens is de inschrijving uit te sluiten), (ii) de aanbestedende dienst een discretionaire bevoegdheid heeft om een abnormaal lage inschrijving wel of niet uit te sluiten en (iii) andere inschrijvers zich niet op die bepaling kunnen beroepen.⁸ Voor deze annotatie is het van bijzonder belang dat de betreffende lijn in de jurisprudentie mede bepaalt dat (iv) op de aanbestedende dienst slechts een verplichting tot verificatie van een abnormaal lage inschrijving rust indien hij voornemens is zo'n inschrijving uit te sluiten en dat een andere inschrijver zich er niet op kan beroepen dat een onderzoek had moeten worden ingesteld.⁹ Oftewel: in een situatie waarin Maas verkeerde kan hij zich er niet op beroepen dat om een toelichting had moeten worden gevraagd.

7 Ibid.

8 Zie voor het eerste en het laatste punt Gerechtshof Arnhem 8 februari 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BQ1539, «JAAN» 2011/51, r.o. 4.10. Zie voorts de bestendige lagere rechtspraak: V zr. Rb. Den Haag 6 oktober 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:AZ0252, «JAAN» 2007/137, r.o. 3.4; V zr. Rb. Rotterdam 16 februari 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:AZ8796, «JAAN» 2007/12, r.o. 3.5; V zr. Rb. Amsterdam 21 februari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ1986, «JAAN» 2013/101, m.nt. W.M. Ritsema Van Eck, r.o. 4.5; V zr. Rb. Noord-Nederland 5 juni 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:CA2224, «JAAN» 2013/143, m.nt. M.G.J. van der Velden, r.o. 5.3; V zr. Rb. Oost-Brabant 6 december 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:6831, «JAAN» 2014/28, m.nt. R.S. Damsma, r.o. 4.20; V zr. Rb. Den Haag 25 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:2966, r.o. 4.6; V zr. Rb. Overijssel 6 juni 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:3245, «JAAN» 2014/136, r.o. 4.7.

9 Gerechtshof Arnhem 8 februari 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BQ1539, «JAAN» 2011/51, r.o. 4.10; V zr. Rb. Den Haag 6 oktober 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:AZ0252, «JAAN» 2007/137, r.o. 3.4; V zr. Rb. Rotterdam 16 februari 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:AZ8796, «JAAN» 2007/112, r.o. 3.5; V zr. Rb. Amsterdam 21 februari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ1986, «JAAN» 2013/101, m.nt. W.M. Ritsema Van Eck, r.o. 4.5; V zr. Rb. Noord-Nederland 5 juni 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:CA2224, «JAAN» 2013/143, m.nt. M.G.J. van der Velden, r.o. 5.3; V zr. Rb. Overijssel 6 juni 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:3245, «JAAN» 2014/136, r.o. 4.7.

Deze jurisprudentie was gebaseerd op de nagenoeg woordelijke implementatie in het Nederlandse recht (artikel 56 BAO, en vervolgens artikel 2.116 Aw 2012 zoals die bepaling luidde vóór de nieuwe formulering in 2016) van artikel 55 van Richtlijn 2004/18 inzake abnormaal lage inschrijvingen.¹⁰ Laatstgenoemde luidde, voor zover hier van belang, als volgt:

“[w]anneer voor een bepaalde opdracht inschrijvingen worden gedaan die in verhouding tot de te verlenen dienst abnormaal laag lijken, verzoekt de aanbestedende dienst, voordat hij deze inschrijvingen kan afwijzen, schriftelijk om de door hem dienstig geachte preciseringen over de samenstelling van de desbetreffende inschrijving”.

Dit is tevens de bepaling waarop de overwegingen van het HvJ in het arrest SAG – waarop Maas een beroep deed – betrekking hadden. Daar overwoog het HvJ:

“Uit deze bepalingen, die in dwingende bewoordingen zijn geformuleerd, volgt duidelijk dat de Uniewetgever de aanbestedende dienst heeft willen verplichten om de samenstelling van abnormaal lage inschrijvingen te onderzoeken ”.¹¹

De vraag is of bovenstaand juridisch kader, zoals geïnterpreteerd in het arrest SAG, verplichtte tot verificatie van abnormaal lage inschrijvingen *waarop een andere inschrijver zich kon beroepen, ongeacht of de aanbestedende dienst voornemens was uit te sluiten*. Op dit punt bestond in de literatuur enig verschil van inzicht.¹² Indien enkel wordt gekeken naar de bewoordingen van artikel 55 van Richtlijn 2004/18 (en de corresponderende bepalingen in Nederlands recht) valt op dat de verplichting tot verificatie grammaticaal gekoppeld is aan het voornemen van de aanbestedende dienst om de abnormaal lage inschrijving uit te sluiten. Dit zou kunnen worden gezien als een aanwijzing dat, enerzijds, de verplichting tot verificatie afhangt van de discretionaire beslissing van de aanbestedende dienst of hij überhaupt over wilde gaan tot uitsluiting (bij gebreke waarvan, gelet op de bewoordingen van de bepaling, moeilijk betoogd kon worden dat hij daartoe toch verplicht was) en, anderzijds, dat de bepaling enkel was geschreven in het belang van de aanbestedende dienst en de vermoedelijk abnormaal lage inschrijver. Desalniettemin betoogde Maas dat uit het arrest SAG volgt dat een aanbestedende dienst verplicht is om een abnormaal lage inschrijving te onderzoeken en een andere inschrijver zich daarop kan beroepen. Dit standpunt werd eerder uiteengezet door McGowan en het is nuttig om dit nader te bespreken. Volgens McGowan gaat het om een verplichting die niet alleen strekt tot de bescherming

10 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. EU L134/114).

11 HvJ 29 maart 2012, zaak C-599/10, SAG, ECLI:EU:C:2012:191, r.o. 28.

12 Pijnacker Hordijk, Van der Bend en Van Nouhuys betoogden ten tijde van Richtlijn 2004/18 (maar vóór het arrest SAG) dat weliswaar een abnormaal lage inschrijving pas kon worden uitgesloten na verificatie, maar dat er geen algemene verplichting bestaat om uit te sluiten, “laat staan dat er een verplichting bestaat om abnormaal lage inschrijvingsommen aan een nader onderzoek te onderwerpen. Andere inschrijvers kunnen zich derhalve niet tegen de gunning verzetten op grond van het enkele feit dat de aanbesteder ten onrechte heeft nagelaten de gewraakte inschrijvingsom te onderzoeken”, E.H. Pijnacker Hordijk, G.W. van der Bend en J.F. van Nouhuys, *Aanbestedingsrecht*, Den Haag: Sdu 2009, p. 459. Zie voor een andere, wellicht meer normatieve, opvatting: M. de Groot, ‘Het arrest-Slovensko: een Europese omkadering van het regelmatigheidsonderzoek van de offertes’, *TA* 2013, afl. 1, p. 10, die een algemene verplichting tot verificatie afleidt uit het algemeen beginsel van de zorgvuldigheid en de gelijkheid van de inschrijvers. Bij zijn commentaar bij artikel 2.116 Aw 2012, zoals dat luidde voor de wijziging in 2016, lijkt ‘t Hart niet uit te gaan van een algemene verplichting tot verificatie waarop ook andere inschrijvers zich kunnen beroepen. Hij wijst erop dat een andere inschrijver niet met succes van de aanbestedende dienst kan verlangen dat een abnormaal lage inschrijving wordt uitgesloten en dat sprake is van een discretionaire bevoegdheid, ‘t Hart, in: T&C Aanbestedingswet 2012, commentaar op artikel 2.116 Aanbestedingswet 2012, aant. 1 (online, actueel t/m 1 augustus 2015).

van het belang van de vermoedelijk abnormaal lage inschrijver, maar tevens het belang van andere inschrijvers. Hij ziet een aanwijzing voor deze interpretatie in de omstandigheid dat in het arrest SAG de verplichting tot verificatie wordt geplaatst in de context van het beginsel van gelijke behandeling en de verplichting tot transparantie.¹³ Tegen zijn interpretatie kunnen drie argumenten worden aangevoerd. Allereerst is de hierboven geciteerde passage uit het arrest SAG weliswaar in algemene en dwingende bewoordingen geformuleerd, maar zij vermeldt niet expliciet dat een andere inschrijver de aanbestedende dienst kan verplichten een abnormaal lage inschrijving te verifiëren, of dat die verplichting op de aanbestedende dienst rust, ongeacht of hij voornemens is de inschrijving uit te sluiten. Ten tweede moet worden aangestipt dat de gedingen die de achtergrond vormden voor de prejudiciële beslissing zagen op de situatie dat de aanbestedende dienst wilde overgaan tot uitsluiting van de vermoedelijk abnormaal lage inschrijvers. Dit wijst eerder in de richting dat de overweging van het HvJ ook slechts dient te worden betrokken op die context.¹⁴ Tot slot, wat betreft het specifieke argument dat het arrest SAG de verplichting tot verificatie plaatst in de context van het beginsel van gelijke behandeling en de verplichting tot transparantie, zij opgemerkt dat weliswaar betoogd kan worden dat die beginselen een ruimere strekking zouden kunnen hebben dan enkel het belang van de abnormaal lage inschrijver, maar ook hier geldt dat, gelet op de context waarin het arrest SAG werd gewezen en bij gebrek aan voldoende expliciete overwegingen van het HvJ, het op zijn minst betwistbaar blijft dat het HvJ beoogde andere inschrijvers de mogelijkheid te bieden om de aanbestedende dienst te verplichten tot verificatie.

Mijn conclusie is dat in elk geval onder het regime van Richtlijn 2004/18 het onvoldoende duidelijk was of er een verplichting tot verificatie van abnormaal lage inschrijvingen bestond waarop een andere inschrijver zich kon beroepen, ongeacht of de aanbestedende dienst voornemens was uit te sluiten.¹⁵ Dit betekent dat het niet vaststaat of de jurisprudentie van de Nederlandse rechter van vóór Richtlijn 2014/24 in strijd was met het destijds geldende Unierecht. Zoals ik reeds besprak sluit de uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam van 8 maart 2017 hierbij aan.

Juridisch kader na implementatie van Richtlijn 2014/24

Onderzocht dient te worden of uit de nieuwe formulering van artikel 2.116 Aw 2012 geen aanwijzingen volgen dat de beslissing van de voorzieningenrechter over de vraag wanneer om een toelichting dient te worden verzocht onverenigbaar is geworden met het Unierecht. Artikel 2.116 Aw 2012 werd in 2016 gewijzigd, waarbij twee wijzigingen plaatsvonden die relevant zijn voor het antwoord op deze vraag. Lid 1 luidt nu als volgt:

13 D. McGowan, 'An obligation to investigate abnormally low bids? SAG ELV Slovensko a.s. (C-599/10)', PPLRev 2012, afl. 4, p. NA167.

14 Dit tweede punt wordt bevestigd door de omstandigheid dat het HvJ verwijst naar het arrest Lombardini en Mantovani, welk arrest in eenzelfde context werd gewezen, en waarin het HvJ herhaalde dat de verplichting tot verificatie is bedoeld om de vermoedelijk abnormaal lage inschrijver te beschermen en de gelegenheid te bieden zijn inschrijving nader te motiveren, HvJ 27 november 2001, zaak C-285/99, Lombardini en Mantovani, ECLI:EU:C:2001:640, r.o. 44. Dit doel, en de daaraan gekoppelde verplichting tot verificatie, werd al vermeld in HvJ 10 februari 1982, zaak 76/81, Transporoute, ECLI:EU:C:1982:49, r.o. 17; HvJ 22 juni 1989, zaak 103/88, Fratelli Costanzo, ECLI:EU:C:1989:256, r.o. 20. Ook de Nederlandse rechter gaat uit van een verplichting tot verificatie alvorens de vermoedelijk abnormaal lage inschrijver kan worden uitgesloten, Vzr. Rb. Utrecht 16 september 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BJ7569, «JAAN» 2009/116, r.o. 4.3.2.

15 Zie tevens M. de Groot, 'Het arrest-Slovensko: een Europese omkadering van het regelmatigheidsonderzoek van de offertes', TA 2013, afl. 1, p. 10; G. Skovgaard Ølykke, 'The provision on abnormally low tenders: a safeguard for fair competition?', in: G. Skovgaard Ølykke en A. Sanchez Graells (red.), *Reformation or deformation of the EU public procurement rules*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2016, p. 146.

“[i]ndien een inschrijving voor een overheidsopdracht wordt gedaan die in verhouding tot de te verrichten werken, leveringen of diensten abnormaal laag lijkt, verzoekt de aanbestedende dienst om een toelichting op de voorgestelde prijs of kosten van de desbetreffende inschrijving”.

Hierbij valt op dat in vergelijking met de oude formulering van artikel 2.116 Aw 2012 (en daarvoor artikel 56 BAO) de verplichting tot verificatie niet meer gekoppeld is aan het voornemen van de aanbestedende dienst om de abnormaal lage inschrijving uit te sluiten. Voorheen werd hier namelijk aan toegevoegd “*voordat hij deze inschrijving afwijst*”. De tweede wijziging betreft de toevoeging van lid 5 aan artikel 2.116 Aw 2012 waarin is voorgeschreven dat een aanbestedende dienst een inschrijving *dient af te wijzen* indien hij heeft vastgesteld dat de inschrijving abnormaal laag is omdat zij niet voldoet aan de verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal of arbeidsrecht.

De twee wijzigingen volgen de wijzigingen die artikel 69 van Richtlijn 2014/24 onderging ten opzichte van artikel 55 van Richtlijn 2004/18 en vonden plaats in het kader van de implementatie van die bepaling. Hoewel artikel 69 lid 1 wellicht nog iets dwingender is geformuleerd,¹⁶ lijkt het er niet op dat de Nederlandse wetgever, wat betreft de verplichting tot verificatie van abnormaal lage inschrijvingen, de richtlijn incorrect heeft geïmplementeerd.

Naar mijn mening volgt uit de nieuwe formulering dat het al dan niet onderzoeken van een abnormaal lage inschrijving niet meer afhankelijk is gemaakt van een voornemen tot uitsluiting, dat sprake is van een algemene verplichting aan de zijde van de aanbestedende dienst, en dat die verplichting in rechte afdwingbaar is door een andere inschrijver.¹⁷ Voor die conclusie zijn drie argumenten aan te voeren. Allereerst was het nu juist de grammaticale koppeling van de verplichting tot verificatie aan het voornemen van de aanbestedende dienst om de abnormaal lage inschrijving uit te sluiten dat ervoor pleitte dat een andere inschrijver zich niet op die verplichting kon beroepen. Nu de regeling op dit punt is gewijzigd pleit dit ervoor dat ook andere inschrijvers zich daarop kunnen beroepen.¹⁸ Ten tweede volgt uit de wijzigingen die artikel 69 van Richtlijn 2014/24 onderging tijdens de wetgevingsprocedure dat daarmee een algemene verplichting tot verificatie werd beoogd. Het Commissievoorstel bevatte een regeling waarbij, indien aan een mathematisch criterium van ‘abnormaal lage inschrijving’ werd voldaan, onderzoek verplicht was, en in andere gevallen slechts sprake was van een mogelijkheid in plaats van een verplichting. In één compromistekst van de Raad van de Europese Unie bevatte de regeling slechts een mogelijkheid tot onderzoek, en in een ander werd dit aangevuld met

16 “De aanbestedende dienst verplicht ondernemers ertoe de in de inschrijving voorgestelde prijs of kosten nader toe te lichten wanneer de inschrijving in verhouding tot de werken, leveringen of diensten abnormaal laag lijkt te zijn”, 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. EU L94/65).

17 Ook in de literatuur lijkt de heersende opvatting te zijn dat met de komst van artikel 69 van Richtlijn 2014/24, en de implementatie daarvan in artikel 2.116 Aw 2012, een algemene verplichting tot verificatie is geïntroduceerd en andere inschrijvers beroep in kunnen stellen tegen beslissingen waarbij die verplichting niet is nagekomen, zie de annotatie van M.G.J. van der Velden bij Vzr. Rb. Noord-Nederland 5 juni 2013, ECLI:NL:RBN-NE:2013:CA2224, «JAAN» 2013/143; S.A.D. van Garsse, B. Gheysens, Th. Dankert en S. Lautenbag, ‘De abnormale prijs: visie uit België en Nederland aan de hand van het arrest nr. 230.345 van 26 februari 2015 van de Belgische Raad van State’, TA 2016, afl. 1; G. Skovgaard Ølykke, ‘The provision on abnormally low tenders: a safeguard for fair competition?’, in: G. Skovgaard Ølykke en A. Sanchez Graells (red.), *Reformation or deformation of the EU public procurement rules*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2016, p. 146. Essers en Lombert lijken er daarentegen nog vanuit te gaan dat artikel 2.116 Aw 2012 niet strekt tot de bescherming van de belangen van andere inschrijvers, M.J.J.M. Essers en C.A.M. Lombert, *Aanbestedingsrecht voor overheden*, Deventer: Vakmedianet 2017, p. 660.

18 Zie tevens M. de Groot, ‘Het arrest-Slovensko: een Europese omkadering van het regelmatigheidsonderzoek van de offertes’, TA 2013, afl. 1, p. 10 en 14.

een facultatieve mogelijkheid voor lidstaten om hiervan bij de implementatie in nationaal recht een verplichting te maken. Het was uiteindelijk op initiatief van het Europees Parlement dat artikel 69 van Richtlijn 2014/24 zijn huidige, verplichtende, formulering kreeg. Vervolgens werd in de trilog met de Europese Commissie, Europees Parlement en de Raad nog een voorstel gedaan om toch weer een clausule op te nemen die het mogelijk maakte te ontsnappen aan het verplichte onderzoek, maar deze haalde het niet tot de uiteindelijk aangenomen richtlijn.¹⁹ Deze gang van zaken wijst erop dat bewust gekozen is voor een algemene verplichting tot verificatie. Skovgaard Ølykke wijst er terecht op dat de keerzijde van het bestaan van die verplichting voor de aanbestedende dienst is dat andere inschrijvers zich erop kunnen beroepen indien die verplichting niet wordt nagekomen.²⁰ Ook de Nederlandse jurisprudentie bevat aanwijzingen dat de (vooralsnog aangenomen) afwezigheid van de mogelijkheid voor een andere inschrijver om zich op artikel 2.116 Aw 2012 te beroepen samenhangt met de discretionaire aard van de bevoegdheid van de aanbestedende dienst, maar dat dit anders ligt indien bijvoorbeeld de aanbestedende dienst zich in de aanbestedingsdocumenten ertoe heeft verplicht onder bepaalde voorwaarden onderzoek in te stellen.²¹ Het derde argument sluit mooi aan bij het tweede argument. Artikel 2.116 Aw 2012 lid 5 bevat – in tegenstelling tot de in lid 4 opgenomen beslissing om, na verificatie, de abnormaal lage inschrijving op andere gronden af te wijzen – een verplichte uitsluitingsgrond.²² De aanbestedende dienst zal dus, mits een inschrijving abnormaal laag lijkt, steeds dienen te onderzoeken wat de reden daarvoor is. Immers, indien de aanbestedende dienst gehouden is om een abnormaal lage inschrijving uit te sluiten op de in lid 5 genoemde gronden, hoe kan hij anders verzekeren dat die verplichting wordt nagekomen? Bedacht dient te worden dat lid 5 in wezen niet meer verlangt dan dat de abnormaal lage inschrijver voldoet aan de toepasselijke verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal of arbeidsrecht; er wordt van hem dus niet meer gevraagd dan te voldoen aan reeds bestaande verplichtingen. In dat opzicht is door Skovgaard Ølykke betoogd dat het vanuit een oogpunt van eerlijke mededinging logisch is dat andere inschrijvers bij een abnormaal laag lijkende inschrijving van de aanbestedende dienst verlangen dat wordt onderzocht of hun concurrent aan die verplichtingen voldoet.

Indien inderdaad sprake is van een algemene verplichting tot verificatie, waarop ook andere inschrijvers zich kunnen beroepen,²³ is nog niet gezegd hoe die verificatie eruit dient te zien. Zij zou wat mij betreft in elk geval twee vragen dienen te beantwoorden. Allereerst moet worden onderzocht wat de achterliggende reden is die de abnormaal lage inschrijving verklaart. Indien bijvoorbeeld zou blijken dat dit het gevolg is van de originaliteit van de inschrijver werkt dit potentieel bevrijdend.

19 Zie voor dit overzicht G. Skovgaard Ølykke, 'The provision on abnormally low tenders: a safeguard for fair competition?', in: G. Skovgaard Ølykke en A. Sanchez Graells (red.), *Reformation or deformation of the EU public procurement rules*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2016, p. 149-152.

20 Ibid, p. 146.

21 Vzr. Rb. Amsterdam 21 februari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ1986, «JAAN» 2013/101, m.nt. W.M. Ritsema Van Eck, r.o. 4.6; Vzr. Rb. Noord-Nederland 5 juni 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:CA2224, «JAAN» 2013/143, m.nt. M.G.J. van der Velden, r.o. 5.4.

22 In 't Hart, in: T&C Aanbestedingswet 2012, commentaar op artikel 2.116 Aanbestedingswet 2012, aant. 7 (online, actueel t/m 1 april 2017) wordt ook gewezen op het verplichte karakter van de uitsluitingsgrond in artikel 2.116 lid 5 Aw 2012.

23 Hier dient nog te worden opgemerkt dat er mijns inziens twee situaties denkbaar zijn waarin een andere inschrijver baat heeft bij een dergelijk beroep. Allereerst (uiteraard) de situatie waarin de abnormaal lage inschrijver de gekozen inschrijver is en de andere inschrijver na uitsluiting zicht heeft op gunning. Ten tweede valt ook te denken aan de situatie waarin relatieve scores worden gebruikt voor de gunningscriteria en de zogeheten 'rangorde paradox' optreedt. Denk hierbij aan de situatie dat de abnormaal lage inschrijving de scores op het criterium prijs dusdanig beïnvloedt dat een inschrijver die bij afwezigheid van de abnormaal lage inschrijving eerste was geworden op basis van een totaalscore van prijs en kwaliteit nu als één van de slechtste inschrijvers wordt genoteerd (en omgekeerd). Zie voor een toelichting op deze problematiek: W. Lohmann, E. Manunza en J. Telgen, *Hoe wordt uitzendwerk gegund? Analyse van aanbestedingen (PPRC-advies 2013)*, p. 20 et seq.

Indien echter zou blijken dat dit volgt uit het niet naleven van verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal of arbeidsrecht werkt dit potentieel belastend. In beide gevallen zeg ik potentieel, omdat ten tweede zal moeten worden onderzocht of de verklaringen van inschrijver voldoende zijn onderbouwd.²⁴ Vervolgens is, afhankelijk van de uitkomst van de verificatie, ofwel sprake van een gebonden bevoegdheid indien de abnormaal lage inschrijving het gevolg is van het niet voldoen aan de in lid 5 genoemde verplichtingen, ofwel een discretionaire bevoegdheid op grond van lid 4.

Unierechtelijke verantwoordelijkheden van de nationale rechter

In een uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam van 6 april 2017 die ook na implementatie van Richtlijn 2014/24 werd gedaan werd door eiseres eveneens aangevoerd dat de aanbestedende dienst nader onderzoek had moeten verrichten naar de abnormaal lage inschrijving. De voorzieningenrechter ging niet expliciet in op de verplichting tot verificatie maar bevestigde de bestaande lijn in de Nederlandse jurisprudentie en overwoog dat de regeling over abnormaal lage inschrijvingen is geschreven ten gunste van de aanbesteder en andere inschrijvers daaraan geen rechten kunnen ontleen.²⁵ Op basis van de voorgaande paragraaf is mijn inschatting dat de benadering van de voorzieningenrechters in zowel de uitspraak van 6 april 2017 als de hier geannoteerde uitspraak niet verenigbaar is met hetgeen artikel 69 van Richtlijn 2014/24 verlangt.

Op de nationale rechter die wordt verzocht de nationale implementatiemaatregelen in een geding toe te passen rust de verantwoordelijkheid om op die manier bij te dragen aan de correcte implementatie van de corresponderende richtlijn.²⁶ Het is daarom aan te bevelen de onder Richtlijn 2004/18 ingezette lijn te heroverwegen. Daarmee zou kunnen worden voorkomen dat wellicht, ondanks de correcte implementatie door de wetgever van artikel 69 van Richtlijn 2014/24 in artikel 2.116 Aw 2012, toch een onverenigbaarheid zou ontstaan als gevolg van de toepassing van die bepaling door de Nederlandse rechter. Zo'n incorrecte toepassing zou in wezen neerkomen op een soort 'deïmplementatie' van de richtlijn door de Nederlandse rechter.²⁷

Voordat toe wordt gekomen aan de kwestie hoe in een situatie zoals de geannoteerde uitspraak, waarbij sprake is van incorrecte toepassing in *lagere* nationale rechtspraak, Unierechtelijk zou kunnen worden gesanctioneerd, moet bedacht worden dat dan eerst vast dient komen te staan dat de verantwoordelijkheden onder het Unierecht zijn veronachtzaamd. Hieromtrent zou

24 Vgl. V.zr. Rb. Noord-Nederland 2 juni 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:1981, met name r.o. 4.30. Opgemerkt zij dat deze uitspraak werd gedaan in een andere context, het betrof namelijk de vraag of een aanbestedende dienst diende te onderzoeken of een inschrijving wel voldeed aan het onderdeel van het gunningscriterium dat verlangde dat kostendekkend werd ingeschreven. De voorzieningenrechter achtte enkel de Eigen Verklaring onvoldoende om te kunnen vaststellen of kostendekkend was ingeschreven. Het lijkt mij in lijn met deze uitspraak dan ook bijvoorbeeld onvoldoende dat een aanbestedende dienst concludeert dat geen sprake is van een inschrijving die niet voldoet aan milieu-, sociaal of arbeidsrecht omdat inschrijver hierover reeds heeft verklaard in de zin van artikel 2.81 lid 2 Aw 2012.

25 Vgl. V.zr. Rb. Noord-Nederland 2 juni 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:1981, met name r.o. 4.30. Opgemerkt zij dat deze uitspraak werd gedaan in een andere context, het betrof namelijk de vraag of een aanbestedende dienst diende te onderzoeken of een inschrijving wel voldeed aan het onderdeel van het gunningscriterium dat verlangde dat kostendekkend werd ingeschreven. De voorzieningenrechter achtte enkel de Eigen Verklaring onvoldoende om te kunnen vaststellen of kostendekkend was ingeschreven. Het lijkt mij in lijn met deze uitspraak dan ook bijvoorbeeld onvoldoende dat een aanbestedende dienst concludeert dat geen sprake is van een inschrijving die niet voldoet aan milieu-, sociaal of arbeidsrecht omdat inschrijver hierover reeds heeft verklaard in de zin van artikel 2.81 lid 2 Aw 2012.

26 S. Prechal, *Directives in EC law*, Oxford: Oxford University Press 2005, p. 188.

27 Zie voor dit begrip J.D.N. Bates, 'The impact of Directives on statutory interpretation: using the Euro-meaning', *Statute Law Review* 1986, afl. 3, p. 185.

uitsluitel kunnen worden verkregen door een prejudiciële vraag te stellen. Het is de vraag of een kort geding daarvoor het meest aangewezen forum is. In 2016 had een prejudiciële procedure een gemiddelde doorlooptijd van 16 maanden.²⁸ Dergelijk uitstel past niet bij de spoedeisende aard van het kort geding – en de voorzieningenrechter is overigens op grond van het Unierecht ook niet verplicht in kort geding prejudicieel te verwijzen indien hij twijfelt over de correcte interpretatie van het toepasselijke Unierecht.²⁹ Geen van de (slechts) vijf prejudiciële verwijzingen door de Nederlandse rechter op het gebied van het aanbestedingsrecht is van de voorzieningenrechter afkomstig. Indien een inschrijver die meent dat ten onrechte geen onderzoek is verricht naar een vermoedelijk abnormaal lage inschrijving een uitspraak van het HvJ wenst te verkrijgen over de verenigbaarheid van de Nederlandse lijn in de jurisprudentie met artikel 69 van Richtlijn 2014/24, lijkt het mij het meest waarschijnlijk (en wellicht ook wenselijk) dat zulks geschiedt door tegen de uitspraak van de voorzieningenrechter in beroep te gaan of in het kader van de bodemprocedure.

Conclusie en enkele vuistregels voor de praktijk

In de uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam van 8 maart 2017 werd het betoog van Maas dat de aanbestedende dienst verplicht is de abnormaal lage inschrijving te onderzoeken afgewezen. In lijn met de huidige jurisprudentie van de Nederlandse rechter overwoog de voorzieningenrechter dat de aanbestedende dienst een discretionaire bevoegdheid heeft om te beoordelen of sprake is van een abnormaal lage inschrijving, dat de regeling is geschreven in het belang van de aanbestedende dienst en dat het aan hem is te bepalen of daarvan gebruik wordt gemaakt. Het is niet zeker of zulks verenigbaar was met het juridisch kader dat van toepassing was onder het regime van Richtlijn 2004/18, zoals geïnterpreteerd door het HvJ in het arrest SAG. Evenwel heb ik drie argumenten aangevoerd voor de conclusie dat het doorzetten van die lijn onverenigbaar is met de verplichtingen die voortvloeien uit artikel 69 Richtlijn 2014/24. Onder het nieuwe regime is mijns inziens sprake van een algemene verplichting tot verificatie, waarop ook andere inschrijvers zich kunnen beroepen. Dit volgt uit het verdwijnen van de grammaticale koppeling tussen de verplichting tot verificatie en het voornemen tot uitsluiting, het verloop van de Unierechtelijke wetgevingsprocedure en het toevoegen van een verplichte uitsluitingsgrond. Het zou wenselijk zijn indien de Nederlandse rechter zijn benadering heroverweegt. Indien de voorzieningenrechter in eerste aanleg ook in toekomstige uitspraken de huidige lijn niet heroverweegt, zou een inschrijver wellicht in hoger beroep kunnen gaan of dit punt adresseren in een bodemprocedure. Het is ook waarschijnlijker dat in hoger beroep of de bodemprocedure de rechter bereid is om het HvJ om een prejudiciële beslissing te verzoeken voor een definitief antwoord op de vraag of er een algemene verplichting tot verificatie is waarop andere inschrijvers zich kunnen beroepen.

Uitgaande van een algemene verplichting tot verificatie, vermoedt Van der Velden dat de discussie zich onder het huidige artikel 2.116 Aw 2012 met name toe zal spitsen op de vraag wanneer sprake is van een inschrijving die abnormaal laag lijkt.³⁰ Dit dient in eerste instantie te worden beoordeeld door de aanbestedende dienst. Indien de aanbestedende dienst oordeelt dat van zo'n inschrijving sprake lijkt te zijn zou hij er verstandig aan doen telkens de betreffende inschrijver om een toelichting te verzoeken zodat voldoende duidelijk wordt wat de achterliggende reden is voor het prijsniveau. Vervolgens is, afhankelijk van de uitkomst van de verificatie, ofwel sprake van een gebonden

28 Jaaroverzicht Hof van Justitie van de Europese Unie 2016, p. 15.

29 Op basis van de tekst van artikel 267 VWEU bestaat een verplichting tot het voorleggen van interpretatievragen slechts ten aanzien van een "nationale rechterlijke instantie waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep".

30 V.zr. Rb. Noord-Nederland 5 juni 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:CA2224, «JAAN» 2013/143, m.nt. M.G.J. van der Velden.

«JAAN»

bevoegdheid indien de abnormaal lage inschrijving het gevolg is van het niet voldoen aan de in artikel 2.116 Aw 2012 lid 5 genoemde verplichtingen, ofwel een discretionaire bevoegdheid op grond van lid 4.

S.W. Haket LLM, Promovendus Universiteit Utrecht

140

Hof van Justitie EU
4 mei 2017, nr. C-387/14, ECLI:EU:C:2017:338
(mr. Da Cruz Vilaça, mr. Tizzano, mr. Berger,
mr. Borg Barthet, mr. Biltgen)
Noot mr. D.R. Versteeg

**Gelijkheidsbeginsel. Transparantiebeginsel.
Non-discriminatiebeginsel. Wezenlijke wijziging.
Beroep op derden/onderaannemers.
Valse verklaringen.**

[Richtlijn 2004/18/EG art. 2, 44, 45, 48, 51]

Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van Richtlijn 2004/18/EG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten.

Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Esaprojekt sp. z o.o. en de Województwo Łódzkie (aanbestedende dienst Łódź, Polen) (hierna: aanbestedende dienst) over de selectievoorwaarden voor een door de ondernemer, Konsultant Komputer sp. z o.o., in het kader van een gunningsprocedure voor een overheidsopdracht voor de levering van informaticasystemen voor ziekenhuizen in Polen ingediende inschrijving.

**Beantwoording van de prejudiciële vragen
Eerste tot en met derde prejudiciële vraag**

Met zijn eerste tot en met derde vraag, die samen moeten worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 51 Richtlijn 2004/18 juncto artikel 2 van deze richtlijn aldus moet worden uitgelegd dat het eraan in de weg staat dat een ondernemer, na het verstrijken van de termijn voor het indienen van de inschrijvingen voor een overheidsopdracht, aan de aanbestedende dienst, als bewijs dat hij voldoet aan de voorwaarden om aan een overheidsopdrachtenprocedure deel te nemen, documenten overlegt die in zijn oorspronkelijke inschrijving niet zijn vermeld, zoals een door een derde entiteit uitgevoerde overeenkomst en de verbintenis van deze entiteit om deze ondernemer bekwaamheden en middelen ter beschikking te stellen die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de betrokken opdracht.

In casu heeft Konsultant Komputer de aanbestedende dienst na het verstrijken van de termijn voor de indiening van de inschrijvingen voor de betrokken overheidsopdracht documenten overgelegd die

niet waren vermeld in haar oorspronkelijke inschrijving. De ondernemer heeft melding gemaakt van een door een derde entiteit uitgevoerde overeenkomst en de verbintenis van deze entiteit om hem de voor de uitvoering van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde opdracht noodzakelijke middelen ter beschikking te stellen.

Dergelijke nadere gegevens zijn echter niet louter een eenvoudige precisering of een verbetering van kennelijke materiële fouten, maar vormen in werkelijkheid een wezenlijke en aanzienlijke wijziging van de oorspronkelijke inschrijving, die eerder lijkt op de indiening van een nieuwe inschrijving.

In deze omstandigheden zou de aanbestedende dienst, door te aanvaarden dat de betrokken ondernemer de desbetreffende documenten indient om zijn oorspronkelijke inschrijving aan te vullen, deze ondernemer ten onrechte bevoordelen ten opzichte van de andere inschrijvers en bijgevolg schending begaan van de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie van ondernemers en de daaruit voortvloeiende transparantieplicht, die krachtens artikel 2 Richtlijn 2004/18 gelden voor aanbestedende diensten.

Uit het voorgaande volgt dat op de eerste tot en met derde vraag moet worden geantwoord dat artikel 51 Richtlijn 2004/18 juncto artikel 2 van deze richtlijn aldus moet worden uitgelegd dat het eraan in de weg staat dat een ondernemer, na het verstrijken van de termijn voor het indienen van de inschrijvingen voor een overheidsopdracht, aan de aanbestedende dienst, als bewijs dat hij voldoet aan de voorwaarden om aan een overheidsopdrachtenprocedure deel te nemen, documenten overlegt die in zijn oorspronkelijke inschrijving niet zijn vermeld, zoals een door een derde entiteit uitgevoerde overeenkomst en de verbintenis van deze entiteit om deze ondernemer bekwaamheden en middelen ter beschikking te stellen die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de betrokken opdracht.

Vierde vraag

Met zijn vierde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 44 Richtlijn 2004/18 juncto artikel 48 lid 2 onder a) van deze richtlijn en het in artikel 2 ervan vermelde beginsel van gelijke behandeling van ondernemers aldus moet worden uitgelegd dat het een ondernemer toestaat een beroep te doen op de draagkracht van een andere entiteit in de zin van artikel 48 lid 3 van deze richtlijn, door de kennis en de ervaring van twee entiteiten, die elk op zich niet beschikken over de voor de voor de uitvoering van een bepaalde opdracht gevraagde bekwaamheden, samen te tellen, in het

geval de aanbestedende dienst meent dat de betrokken opdracht ondeelbaar is en dus door één ondernemer moet worden uitgevoerd.

Op de vierde vraag dient te worden geantwoord dat artikel 44 Richtlijn 2004/18 juncto artikel 48 lid 2 onder a) van deze richtlijn en het in artikel 2 ervan vermelde beginsel van gelijke behandeling van ondernemers aldus moet worden uitgelegd dat het een ondernemer niet toestaat een beroep te doen op de draagkracht van een andere entiteit in de zin van artikel 48 lid 3 van deze richtlijn, door de kennis en de ervaring van twee entiteiten, die elk op zich niet beschikken over de voor de uitvoering van een bepaalde opdracht gevraagde bekwaamheden, samen te tellen, in het geval de aanbestedende dienst meent dat de betrokken opdracht ondeelbaar is in die zin dat deze door één ondernemer moet worden uitgevoerd, en dat een dergelijke uitsluiting van de mogelijkheid om een beroep te doen op de ervaring van verschillende ondernemers verband houdt met en in verhouding staat tot het voorwerp van de betrokken opdracht, die bijgevolg door één ondernemer moet worden uitgevoerd.

Vijfde vraag

Met zijn vijfde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 44 Richtlijn 2004/18 juncto artikel 48 lid 2 onder a) van deze richtlijn en het in artikel 2 ervan vermelde beginsel van gelijke behandeling van ondernemers aldus moet worden uitgelegd dat het een ondernemer, die individueel deelneemt aan een procedure voor de gunning van een overheidsopdracht, toestaat een beroep te doen op de ervaring van een combinatie van ondernemingen, waaraan hij in het kader van een andere overheidsopdracht heeft deelgenomen, ongeacht de aard van zijn deelneming aan de uitvoering van deze opdracht.

Op de vijfde vraag dient te worden geantwoord dat artikel 44 Richtlijn 2004/18 juncto artikel 48 lid 2 onder a) van deze richtlijn en het in artikel 2 ervan vermelde beginsel van gelijke behandeling van ondernemers aldus moet worden uitgelegd dat het een ondernemer, die individueel deelneemt aan een procedure voor de gunning van een overheidsopdracht, niet toestaat een beroep te doen op de ervaring van een combinatie van ondernemingen, waaraan hij in het kader van een andere overheidsopdracht heeft deelgenomen, wanneer hij niet daadwerkelijk en concreet heeft deelgenomen aan de uitvoering van deze opdracht.

Zesde vraag

Met zijn zesde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 45 lid 2 onder g) Richtlijn 2004/18, op basis waarvan een ondernemer van deelneming aan een overheidsopdracht kan worden uitgesloten, onder meer wanneer hij zich in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan valse verklaringen bij het verstrekken van de door de aanbestedende dienst gevraagde inlichtingen, aldus moet worden uitgelegd dat het kan worden toegepast wanneer deze inlichtingen de uitkomst van de aanbesteding kunnen beïnvloeden, ongeacht of deze ondernemer opzettelijk heeft gehandeld.

Zoals blijkt uit de verwijzingsbeslissing hebben de verklaringen en de informatie die de betrokken ondernemer heeft verstrekt daadwerkelijk invloed gehad op de uitkomst van de in het hoofdeding aan de orde zijnde procedure voor de gunning van een opdracht. Volgens de Krajowa Izba Odwoławcza heeft Konsultant Komputer immers juist op basis van deze verklaringen en deze informatie de aanbesteding binnengehaald.

In deze omstandigheden dient te worden vastgesteld dat de betrokken ondernemer door dergelijke verklaringen en informatie te verstrekken verantwoordelijk is voor een nalatigheid die een beslissende invloed heeft gehad op de beslissingen tot uitsluiting van, selectie voor of gunning van de bedoelde overheidsopdracht, zodat deze ondernemer 'in ernstige mate schuldig' kan worden geacht in de zin van artikel 45 lid 2 onder g) Richtlijn 2004/18. Bijgevolg kan een dergelijke houding de beslissing van de aanbestedende dienst om deze ondernemer van de betrokken overheidsopdracht uit te sluiten, rechtvaardigen.

Gelet op de voorgaande overwegingen, dient op de zesde vraag te worden geantwoord dat artikel 45 lid 2 onder g) Richtlijn 2004/18, op basis waarvan een ondernemer van deelneming aan een overheidsopdracht kan worden uitgesloten, onder meer wanneer hij zich "in ernstige mate schuldig" heeft gemaakt aan valse verklaringen bij het verstrekken van de door de aanbestedende dienst gevraagde inlichtingen, aldus moet worden uitgelegd dat het kan worden toegepast wanneer de betrokken ondernemer verantwoordelijk is voor een nalatigheid van een zekere mate van ernst, namelijk een nalatigheid die een beslissende invloed kan hebben op de beslissingen tot uitsluiting van, selectie voor of gunning van een overheidsopdracht, ongeacht of wordt vastgesteld dat deze ondernemer een opzettelijke fout heeft gemaakt.

Zevende vraag

Met zijn zevende vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 44 Richtlijn 2004/18 juncto artikel 48 lid 2 onder a) van deze richtlijn en het in artikel 2 ervan neergelegde beginsel van gelijke behandeling van ondernemers aldus moet worden uitgelegd dat het een ondernemer toestaat een beroep te doen op ervaring door tegelijk te verwijzen naar twee of meer overeenkomsten als één opdracht, hoewel de aanbestedende dienst noch in de aankondiging van de opdracht, noch in het bestek uitdrukkelijk in een dergelijke mogelijkheid heeft voorzien.

Zoals blijkt uit de verwijzingsbeslissing, heeft de aanbestedende dienst in casu weliswaar in de aanbestedingsstukken niet uitdrukkelijk voorzien in de mogelijkheid voor de inschrijver om zich te beroepen op twee of meer overeenkomsten als één opdracht, maar dit neemt niet weg dat een dergelijke mogelijkheid ook noch in de aankondiging van de opdracht, noch in het bestek uitdrukkelijk is uitgesloten.

In deze omstandigheden kan a priori niet worden uitgesloten dat de voor de uitvoering van de betrokken opdracht noodzakelijke ervaring, die de ondernemer niet in het kader van één overeenkomst, maar van twee of meer verschillende overeenkomsten heeft verworven, als voldoende kan worden beschouwd door de aanbestedende dienst en dat deze ondernemer op basis daarvan bijgevolg de betrokken overheidsopdracht kan binnenhalen.

Bijgevolg, en voor zover – zoals in het hoofdgeding – de mogelijkheid om een beroep te doen op verschillende in het kader van meerdere overeenkomsten verworven ervaringen noch in de aankondiging van de opdracht, noch in het bestek is uitgesloten, staat het aan de aanbestedende dienst, onder toezicht van de bevoegde nationale rechters, om na te gaan of op basis van de gecombineerde ervaring van twee of meer overeenkomsten, gelet op de aard van de betrokken werken en op het voorwerp en de doelstellingen van de betrokken opdracht, een correcte uitvoering van deze opdracht kan worden verzekerd.

Gelet op het voorgaande, dient op de zevende vraag te worden geantwoord dat artikel 44 Richtlijn 2004/18 juncto artikel 48, lid 2, onder a), van deze richtlijn en het in artikel 2 ervan neergelegde beginsel van gelijke behandeling van ondernemers aldus moet worden uitgelegd dat het een ondernemer toestaat een beroep te doen op ervaring door tegelijk te verwijzen naar twee of meer overeenkomsten als één opdracht, tenzij de aanbestedende dienst een dergelijke mogelijkheid heeft uitgesloten op

grond van vereisten die verband houden met en in verhouding staan tot het voorwerp en de doelstellingen van de betrokken overheidsopdracht.

ARREST VAN HET HOF (Vijfde kamer)

In zaak C 387/14,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Krajowa Izba Odwoławcza (bijzondere rechter voor aanbestedingsgeschillen, Polen) bij beslissing van 25 juli 2014, ingekomen bij het Hof op 14 augustus 2014, in de procedure

Esaprojekt sp. z o.o.

tegen

Województwo Łódzkie,

in tegenwoordigheid van:

Konsultant Komputer sp. z o.o.,

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van 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, met rectificatie in PB 2004, L 351, blz. 44).

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen *Esaprojekt sp. z o.o.* en de *Województwo Łódzkie* (aangebestedende dienst Łódź, Polen) (hierna: „aangebestedende dienst”) over de selectievoorwaarden voor een door de ondernemer, *Konsultant Komputer sp. z o.o.*, in het kader van een gunningsprocedure voor een overheidsopdracht voor de levering van informaticasystemen voor ziekenhuizen in Polen ingediende inschrijving.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

3 In overweging 46 van richtlijn 2004/18 heet het: „De gunning van de opdracht dient te geschieden op basis van objectieve criteria waarbij het discriminatieverbod en de beginselen van transparantie en gelijke behandeling in acht worden genomen en de beoordeling van de inschrijvingen onder voorwaarden van daadwerkelijke mededinging wordt gewaarborgd. Derhalve mogen slechts twee gunningscriteria worden toegepast, namelijk het criterium van de ‚laagste prijs’ en het criterium van de ‚economisch voordeligste inschrijving’.

Teneinde de inachtneming van het beginsel van gelijke behandeling bij de gunning van opdrachten te waarborgen, moet worden voorzien in de door

de jurisprudentie bevestigde verplichting om de nodige transparantie te garanderen teneinde iedere inschrijver de mogelijkheid te bieden redelijkerwijs kennis te nemen van de criteria en de nadere regelingen die zullen worden toegepast ter bepaling van de economisch voordeligste inschrijving. [...]"

4 Artikel 1, lid 2, onder a), van die richtlijn luidt als volgt:

„Overheidsopdrachten' zijn schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten zijn gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten in de zin van deze richtlijn.”

5 Artikel 2 van deze richtlijn, met als opschrift „Beginselen van het plaatsen van overheidsopdrachten”, bepaalt:

„Aanbestedende diensten behandelen ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en betrachten transparantie in hun handelen.”

6 Artikel 44 van richtlijn 2004/18, met als opschrift „Controle van de geschiktheid en selectie van de deelnemers, en gunning van de opdrachten”, bepaalt:

„1. Opdrachten worden gegund op basis van de in artikel 53 en 55 bepaalde criteria, rekening houdend met artikel 24, nadat de aanbestedende diensten de geschiktheid van de niet ingevolge de artikelen 45 en 46 uitgesloten ondernemers hebben gecontroleerd op grond van de criteria van economische en financiële draagkracht, technische bekwaamheid en/of beroepsbekwaamheid, genoemd in de artikelen 47 tot en met 52, en, in voorkomend geval, de niet-discriminerende criteria als bedoeld in lid 3.

2. De aanbestedende diensten kunnen minimumeisen inzake draagkracht en bekwaamheden overeenkomstig de artikelen 47 en 48 stellen waaraan de gegadigden en de inschrijvers moeten voldoen.

De in de artikelen 47 en 48 bedoelde inlichtingen en de minimumeisen inzake draagkracht en bekwaamheden moeten verband houden met en in verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.

Deze minimumeisen worden vermeld in de aankondiging van de opdracht.

[...]"

7 Artikel 45 van die richtlijn, met als opschrift „Persoonlijke situatie van de gegadigde of inschrijver”, bepaalt in lid 2:

„Van deelneming aan een opdracht kan worden uitgesloten iedere ondernemer:

[...]

g) die zich in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan valse verklaringen bij het verstrekken van de inlichtingen die ingevolge deze afdeling kunnen worden verlangd, of die inlichtingen niet heeft verstrekt.

De lidstaten bepalen overeenkomstig hun nationaal recht en onder eerbiediging van het communautair recht de voorwaarden voor de toepassing van dit lid.”

8 Artikel 48 van die richtlijn, met als opschrift „Technische bekwaamheid en/of beroepsbekwaamheid”, luidt:

„1. De technische bekwaamheid en/of beroepsbekwaamheid van de ondernemers worden beoordeeld en gecontroleerd overeenkomstig de leden 2 en 3.

2. De technische bekwaamheid van de ondernemer kan op een of meer van de volgende manieren worden aangetoond, afhankelijk van de aard, de hoeveelheid of omvang en het doel van de werken, leveringen of diensten:

a) [...]

ii) aan de hand van een lijst van de voornaamste leveringen of diensten die gedurende de afgelopen drie jaar werden verricht, met vermelding van het bedrag en de datum en van de publiek- of privaatrechtelijke instanties waarvoor zij bestemd waren.

[...]

[...]

3. Een ondernemer kan zich in voorkomend geval en voor welbepaalde opdrachten beroepen op de draagkracht van andere entiteiten, ongeacht de juridische aard van zijn banden met die entiteiten. In dat geval moet hij de aanbestedende dienst aantonen dat hij kan beschikken over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen, bijvoorbeeld door overlegging van de verbintenissen van deze entiteiten om de ondernemer de nodige middelen ter beschikking te stellen.

4. Onder dezelfde voorwaarden kan een combinatie van ondernemers zoals bedoeld in artikel 4, zich beroepen op de draagkracht van de deelnemers aan de combinatie of van andere entiteiten.

[...]"

9 Artikel 51 van richtlijn 2004/18, met als opschrift „Aanvullende documentatie en inlichtingen”, bepaalt:

„De aanbestedende dienst kan verlangen dat de ondernemers de uit hoofde van de artikelen 45 tot en met 50 overgelegde verklaringen en bescheiden aanvullen of nader toelichten.”

Pools recht

10 Richtlijn 2004/18 is in Pools recht omgezet bij de Ustawa Prawo zamówień publicznych (aanbestedingswet; codificatie, Dz. U. van 2013, volgnummers 907, 984, 1047 en 1473, en Dz. U. van 2014, volgnummer 423; hierna: „aanbestedingswet”).

11 Artikel 24, lid 2, punten 3 en 4, van de aanbestedingswet luidt als volgt:

„[V]an de aanbestedingsprocedure worden tevens uitgesloten de ondernemers die:

3) valse inlichtingen hebben verstrekt die de uitkomst van de procedure beïnvloeden of kunnen beïnvloeden;

4) niet hebben aangetoond dat zij voldoen aan de voorwaarden voor deelneming aan de procedure.”

12 Artikel 26, leden 2b en 4, van die wet bepaalt:

„2b. De ondernemer kan zich beroepen op de vakkennis en de ervaring, de technische bekwaamheid en het ter uitvoering van de opdracht geschikte personeel of de financiële draagkracht van andere entiteiten, ongeacht de juridische aard van zijn banden met die entiteiten. In dat geval moet de ondernemer ten opzichte van de aanbestedende dienst aantonen dat hij kan beschikken over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen, inzonderheid door overlegging van een schriftelijke verbintenis van deze entiteiten om de ondernemer voor de duur van de uitvoering van de opdracht de nodige middelen ter beschikking te stellen [...]

4. De aanbestedende dienst verzoekt tevens om binnen een door hem gestelde termijn toelichtingen bij de in artikel 25, lid 1, bedoelde verklaringen of documenten te verstrekken.”

13 Artikel 93, lid 1, punt 7, van deze wet bepaalt: „De aanbestedende dienst annuleert de procedure voor het plaatsen van de opdracht indien [...] de procedure aangetast is door een gebrek dat niet kan worden hersteld en in de weg staat aan de sluiting van een overeenkomst voor de uitvoering van de overheidsopdracht die niet nietig kan worden verklaard.”

14 § 1, lid 6, van het Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zama-

wiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (besluit van de voorzitter van de ministerraad van 19 februari 2013 betreffende de stukken die de aanbestedende dienst van de ondernemer kan verlangen, en betreffende de vorm waarin deze stukken kunnen worden ingediend; Dz. U. van 2013, volgnummer 231) luidt:

„Wanneer de ondernemer zich overeenkomstig de in artikel 26, lid 2b, van de [aanbestedings]wet vastgestelde regels beroept op de draagkracht van andere entiteiten om aan te tonen dat hij voldoet aan de voorwaarden van artikel 22, lid 1, van de wet, kan de aanbestedende dienst met het oog op de beoordeling van de vraag of de ondernemer voldoende gebruik zal kunnen maken van de middelen van de andere entiteiten om de opdracht naar behoren te kunnen uitvoeren, en of de relatie tussen de ondernemer en deze entiteiten garandeert dat hij daadwerkelijk hun middelen zal kunnen aanwenden, verzoeken om:

1) voor de in artikel 22, lid 1, punt 4, van de [aanbestedings]wet bedoelde voorwaarden de documenten over te leggen die zijn opgesomd in lid 1, punten 9 tot en met 11, alsook andere documenten betreffende de economische en financiële draagkracht zoals bedoeld in de aankondiging van de opdracht of het bestek;

2) documenten over te leggen, met name betreffende:

- a) de omvang van de middelen van de andere entiteit die ter beschikking staan van de ondernemer;
- b) de wijze waarop de ondernemer bij de uitvoering van de opdracht gebruik zal maken van de middelen van de andere entiteit;
- c) de aard van de verhouding die tussen de ondernemer en de andere entiteit zal worden gevestigd;
- d) de mate waarin de andere entiteit zal meewerken aan de uitvoering van de opdracht, alsook de duur van haar medewerking.”

Hoofddeging en prejudiciële vragen

15 Uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat de aanbestedende dienst een procedure is begonnen voor de gunning van een overheidsopdracht die betrekking heeft op de „modernisering van de bestaande IT-systemen en de invoering van nieuwe IT-systemen in gezondheidsinstellingen die vallen onder de regionale administratieve instantie te Łódź (Polen) in het kader van het project voor diensten van het regionale systeem voor medische informatie (RSIM-diensten)”. De aanbesteding is gepubli-

ceerd in het Publicatieblad van de Europese Unie van 29 november 2013 onder nummer 2013/S 232 402292.

16 Voor het plaatsen van die opdracht heeft de aanbestedende dienst gekozen voor een openbare procedure en het voorwerp van de opdracht verdeeld in verschillende percelen, die betrekking hadden op verschillende instellingen. Zo heeft hij de geïnteresseerde ondernemers toegestaan niet alleen voor de volledige opdracht, maar ook voor een deel ervan inschrijvingen in te dienen.

17 Het hoofdinge heeft met name betrekking op de gunning van perceel nr. 3, met betrekking tot de aankoop en de levering van een geïntegreerd ziekenhuissysteem voor de administratieve (grijze) en de medische (witte) afdeling van het regionaal Nicolaas Copernicus ziekenhuis te Piótrków Tribunalski (Polen). De opdracht heeft betrekking op standaardsoftware die ondernemer moet leveren, installeren en configureren in het kader van de uitvoering van de overeenkomst.

18 Punt 6.1 en nr. 6.1.2 van het bestek bepalen dat elke inschrijver die een offerte indient voor perceel nr. 3 ter rechtvaardiging van zijn ervaring met name moest aantonen dat hij minstens twee opdrachten had uitgevoerd, die telkens betrekking hadden op een levering, een installatie, een configuratie en een implementatie van een geïntegreerd ziekenhuissysteem (HIS) voor de witte en de grijze afdeling van een ziekenhuis met ten minste 200 bedden, met een waarde van minstens 450 000 Poolse zloty (PLN) (ongeveer 101 676,08 EUR), inclusief belasting over de toegevoegde waarde (btw).

19 Hiertoe moest elke ondernemer onder meer een lijst overleggen van de belangrijkste leveringen die waren verricht in de laatste drie jaar vóór het verstrijken van de inschrijvingstermijn of, in voorkomend geval, gedurende een kortere periode, met opgave van het voorwerp, de waarde, de uitvoeringsdatum en de instanties waarvoor deze leveringen waren verricht, met de bewijzen waaruit bleek dat deze leveringen naar behoren waren uitgevoerd.

20 De ondernemer Konsultant Komputer heeft in zijn inschrijving een lijst van leveringen met twee rubrieken ingediend, die betrekking had op de levering, de installatie, de configuratie en de implementatie van twee geïntegreerde ziekenhuissystemen, die waren geleverd aan, respectievelijk, het gespecialiseerde regionale ziekenhuis J. Korczak te Słupsk (Polen) en het gespecialiseerde zie-

kenhuis J. Śniadecki te Nowy Sącz (Polen), door het consortium dat bestond uit Konsultant IT sp. z o.o. en Konsultant Komputer.

21 De aanbestedende dienst heeft de inschrijving van Konsultant Komputer gekozen, omdat deze volgens hem de economisch voordeligste was voor perceel nr. 3.

22 Als uitgesloten inschrijver in het kader van die procedure heeft Esaprojekt bij de Krajowa Izba Odwoławcza (bijzondere rechter voor aanbestedingsgeschillen, Polen) beroep ingesteld tegen de beslissing van de aanbestedende dienst die de inschrijving van Konsultant Komputer had gekozen. Esaprojekt verweet de aanbestedende dienst in wezen dat hij niet had vastgesteld dat de betrokken inschrijving was gebaseerd op onjuiste informatie en niet voldeed aan de in nr. 6.1.2 van het bestek bepaalde voorwaarden. Bijgevolg had deze inschrijving overeenkomstig artikel 24, lid 2, punt 3, van de aanbestedingswet moeten worden afgevoerd.

23 Bij beslissing van 7 april 2014 heeft de Krajowa Izba Odwoławcza de aanbestedende dienst gelast de keuze voor de economisch voordeligste inschrijving voor perceel nr. 3 in te trekken en Konsultant Komputer overeenkomstig artikel 26, lid 4, van de aanbestedingswet te verzoeken om nadere gegevens over de omvang van de opdrachten die zij in haar inschrijving had vermeld. De aanbestedende dienst heeft bijgevolg zijn beslissing ingetrokken en Konsultant Komputer verzocht om aanvulling van de documenten op basis waarvan kon worden vastgesteld dat was voldaan aan de in nr. 6.1.2 van het bestek bepaalde voorwaarde inzake kennis en ervaring om te kunnen inschrijven.

24 In antwoord op dit verzoek heeft Konsultant Komputer bij brief van 29 april 2014 aangegeven, ten eerste, dat de door haar vermelde opdracht betrekking had op de functionaliteiten die de aanbestedende dienst had omschreven als de grijze afdeling en, ten tweede, dat de bij haar inschrijving gevoegde lijst van leveringen betrekking had op de uitvoering van twee opdrachten, namelijk opdracht nr. 51/2/2010 van 5 oktober 2010 en opdracht nr. 62/2010 van 6 december 2010.

25 Uit de door Konsultant Komputer verstrekte informatie bleek echter dat de prestaties voor het gespecialiseerde regionale ziekenhuis J. Korczak te Słupsk in werkelijkheid waren uitgevoerd in het kader van twee afzonderlijke overeenkomsten, waarvan de ene geen betrekking had op een witte afdeling en de andere niet op een grijze.

26 Gelet op deze verduidelijkingen heeft de aanbestedende dienst geoordeeld dat de prestaties die waren uitgevoerd voor het gespecialiseerde regionale ziekenhuis J. Korczak te Słupsk niet voldeden aan de in nr. 6.1.2 van het bestek bepaalde voorwaarde dat elke opdracht alle daarin opgesomde elementen moest omvatten, namelijk een levering, een installatie, een configuratie en een implementatie van een geïntegreerd ziekenhuissysteem (HIS) voor de witte en de grijze afdeling. De aanbestedende dienst heeft Konsultant Komputer bijgevolg verzocht om haar dossier op dit punt aan te vullen.

27 Hiertoe heeft Konsultant Komputer een nieuwe lijst van leveringen overgemaakt waarin zij een beroep deed op de ervaring van een andere entiteit, Medinet Systemy Informatyczne sp. z o.o., voor twee leveringen, namelijk de eerste voor het openbaar ziekenhuis van Janów Lubelski en de tweede voor het districtsziekenhuis van de gezondheidsdienst van de spoorwegen te Lublin (Polen). Zij heeft tevens een verbintenis van Medinet Systemy Informatyczne overgelegd om als raadgever en consultant de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen ter beschikking te stellen, en opnieuw de levering voor het gespecialiseerde ziekenhuis J. Śniadecki te Nowy Sącz vermeld.

28 De aanbestedende dienst was tevreden met dit antwoord en heeft opnieuw de inschrijving van Konsultant Komputer gekozen, aangezien deze de economisch voordeligste was voor perceel nr. 3.

29 Esaprojekt heeft bij de Krajowa Izba Odwoławcza beroep ingesteld tot vernietiging van de beslissing van de aanbestedende dienst, tot herbeoordeling van de inschrijvingen en tot uitsluiting van Konsultant Komputer, op grond dat zij valse informatie had ingediend en niet heeft aangetoond dat zij voldeed aan de voorwaarden om aan de procedure deel te nemen, met name de in nr. 6.1.2 van het bestek bepaalde voorwaarden.

30 Volgens de Krajowa Izba Odwoławcza rijst in het hoofdgeding in de eerste plaats de vraag of de artikelen 2 en 51 van richtlijn 2004/18 eraan in de weg staan dat een ondernemer bij het aanvullen van documenten op verzoek van de aanbestedende dienst een beroep doet op andere prestaties dan die welke hij in zijn oorspronkelijke inschrijving had vermeld, en dienaangaande een beroep kan

doen op prestaties die zijn verricht door een andere entiteit, op wier middelen hij in zijn oorspronkelijke inschrijving geen beroep had gedaan.

31 In de tweede plaats twijfelt deze rechter aan de mogelijkheid voor de ondernemer om in de omstandigheden van het hoofdgeding gebruik te maken van het in artikel 48, lid 3, van richtlijn 2004/18 vastgestelde recht om een beroep te doen op de bekwaamheden van derde entiteiten wanneer hij alleen niet voldoet aan de minimumvereisten om deel te nemen aan de procedure voor de gunning van een opdracht voor diensten.

32 Overigens vraagt de Krajowa Izba Odwoławcza zich ook af in welke omstandigheden een ondernemer verantwoordelijk kan worden gesteld voor een ernstige fout, en dus van deelneming aan een overheidsopdracht kan worden uitgesloten in de zin van artikel 45, lid 2, onder g), van richtlijn 2004/18.

33 Daarop heeft de Krajowa Izba Odwoławcza de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Staat artikel 51 [van richtlijn 2004/18], gelezen in samenhang met de in artikel 2 van deze richtlijn neergelegde beginselen van gelijke en niet-discriminerende behandeling van ondernemers en van transparantie, toe dat een ondernemer die toelichting bij de stukken verstrekt of aanvullende stukken overlegt, in die context andere opdrachten (dat wil zeggen leveringen) vermeldt dan die welke hij heeft genoemd in de bij de offerte gevoegde lijst van leveringen? Mag hij meer bepaald verwijzen naar opdrachten die door een andere entiteit zijn uitgevoerd, wanneer hij in de offerte niet heeft aangegeven dat hij gebruik kan maken van diens middelen?

2) Moet artikel 51 van richtlijn 2004/18, gelet op het arrest van 10 oktober 2013, Manova [(C 336/12, EU:C:2013:647)], waaruit blijkt dat het beginsel van gelijke behandeling aldus moet worden uitgelegd dat het zich niet ertegen verzet dat een aanbestedende dienst na afloop van de inschrijvingstermijn om deel te nemen aan een overheidsopdracht een gegadigde verzoekt documenten over te leggen waarin diens situatie wordt beschreven, zoals de gepubliceerde balans, en waarvan objectief kan worden vastgesteld dat zij dateren van voor het einde van de inschrijvingstermijn om deel te nemen aan een aanbestedingsprocedure, voor zover de stukken van die aanbesteding niet uitdrukkelijk de overlegging ervan voorschre-

ven op straffe van uitsluiting van de inschrijving', aldus worden uitgelegd dat de overlegging van aanvullende stukken slechts is toegestaan wanneer het gaat om stukken waarvan objectief kan worden vastgesteld dat zij reeds bestonden vóór het verstrijken van de termijn voor het indienen van de offertes of van de verzoeken om aan de procedure te mogen deelnemen, of aldus dat het Hof slechts één van de mogelijkheden heeft genoemd en dat de overlegging van aanvullende stukken ook in andere gevallen is toegestaan, bijvoorbeeld wanneer achteraf stukken worden overgelegd die niet dateren van vóór het verstrijken van deze termijn, maar die de objectieve bevestiging vormen dat is voldaan aan een deelnemingsvoorwaarde?

3) Wanneer de tweede vraag aldus wordt beantwoord dat ook andere aanvullende stukken dan de in het arrest van 10 oktober 2013, Manova [(C 336/12, EU:C:2013:647)], genoemde kunnen worden overgelegd, kunnen dan aanvullende stukken worden verstrekt die afkomstig zijn van de ondernemer, van onderaannemers of van andere entiteiten op wier bekwaamheden de ondernemer een beroep doet, wanneer deze stukken in de offerte niet zijn vermeld?

4) Staat artikel 44 [van richtlijn 2004/18], gelezen in samenhang met artikel 48, lid 2, onder a), [van deze richtlijn] en het in artikel 2 [ervan] neergelegde beginsel van gelijke behandeling van ondernemers toe dat een ondernemer een beroep doet op de draagkracht van een andere entiteit in de zin van artikel 48, lid 3, [van deze richtlijn] in die zin dat de kennis en de ervaring van twee entiteiten die elk op zich niet beschikken over de door de aanbestedende dienst verlangde kennis en ervaring, worden samengeteld, wanneer deze ervaring ondeelbaar is (dat wil zeggen dat een ondernemer volledig moet voldoen aan de voorwaarde om aan de procedure te kunnen deelnemen) en de uitvoering van de opdracht ondeelbaar is (dat wil zeggen één geheel vormt)?

5) Staat artikel 44 [van richtlijn 2004/18], gelezen in samenhang met artikel 48, lid 2, onder a), [van deze richtlijn] en het in artikel 2 [ervan] neergelegde beginsel van gelijke behandeling van ondernemers toe dat een ondernemer een beroep doet op de ervaring van een combinatie van ondernemers, in die zin dat een ondernemer die als lid van een combinatie van ondernemers een opdracht heeft uitgevoerd, een beroep kan doen op de uitvoering van de opdracht door deze combi-

natie, ongeacht zijn aandeel in de uitvoering van deze opdracht, of kan hij slechts een beroep doen op de eigen ervaring die hij zelf daadwerkelijk heeft verworven bij de uitvoering van het deel van de opdracht dat hem binnen de combinatie was toegewezen?

6) Kan artikel 45, lid 2, onder g), van richtlijn 2004/18, volgens hetwelk van deelneming aan een opdracht kan worden uitgesloten iedere ondernemer die zich in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan valse verklaringen bij het verstrekken van inlichtingen of die inlichtingen niet heeft verstrekt, aldus worden uitgelegd dat een ondernemer die valse inlichtingen heeft verstrekt die invloed op de uitkomst van de procedure hadden of konden hebben, van de procedure wordt uitgesloten, met dien verstande dat de schuld voor de desbetreffende misleiding louter voortvloeit uit de verstrekking van valse inlichtingen aan de aanbestedende dienst die het besluit van deze dienst tot uitsluiting van de ondernemer (en tot afwijzing van zijn offerte) beïnvloeden, ongeacht of de ondernemer opzettelijk en doelbewust heeft gehandeld, dan wel onopzettelijk, lichtvaardig, onachtzaam of zonder de nodige zorgvuldigheid in acht te nemen? Kan slechts worden aangenomen dat een ondernemer ‚zich in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan valse verklaringen bij het verstrekken van [...] inlichtingen [...] of [die] inlichtingen niet heeft verstrekt' wanneer de betrokkene valse gegevens heeft verstrekt (die niet overeenstemmen met de realiteit), of kan dit ook worden aangenomen wanneer de ondernemer weliswaar correcte informatie heeft verstrekt, maar dit heeft gedaan op een wijze die erop gericht is de aanbestedende dienst ervan te overtuigen dat de ondernemer voldoet aan de door hem gestelde vereisten, hoewel dit niet het geval is?

7) Staat artikel 44 [van richtlijn 2004/18], gelezen in samenhang met artikel 48, lid 2, onder a), ervan en het in artikel 2 [van die richtlijn] neergelegde beginsel van gelijke behandeling van ondernemers toe dat een ondernemer op zodanige wijze een beroep doet op zijn ervaring dat hij twee of meer overeenkomsten als één opdracht voorstelt, hoewel de aanbestedende dienst noch in de aankondiging noch in het bestek in deze mogelijkheid heeft voorzien?"

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Eerste tot en met derde prejudiciële vraag

34 Met zijn eerste tot en met derde vraag, die samen moeten worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 51 van richtlijn 2004/18 juncto artikel 2 van deze richtlijn aldus moet worden uitgelegd dat het eraan in de weg staat dat een ondernemer, na het verstrijken van de termijn voor het indienen van de inschrijvingen voor een overheidsopdracht, aan de aanbestedende dienst, als bewijs dat hij voldoet aan de voorwaarden om aan een overheidsopdrachtenprocedure deel te nemen, documenten overlegt die in zijn oorspronkelijke inschrijving niet zijn vermeld, zoals een door een derde entiteit uitgevoerde overeenkomst en de verbintenis van deze entiteit om deze ondernemer bekwaamheden en middelen ter beschikking te stellen die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de betrokken opdracht.

35 Voor de beantwoording van die vragen zij eraan herinnerd dat aanbestedende diensten volgens overweging 46 en artikel 2 van richtlijn 2004/18 ondernemers op gelijke, niet-discriminerende en transparante wijze moeten behandelen (arrest van 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz, C 324/14, EU:C:2016:214, punt 60).

36 Zo vereisen de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie dat inschrijvers bij het opstellen van hun inschrijving dezelfde kansen krijgen. Het betekent derhalve dat voor deze inschrijvingen voor alle inschrijvers dezelfde voorwaarden moeten gelden. Voorts heeft de transparantieplichting ten doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. Die verplichting impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in de aankondiging van de opdracht of in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, 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 offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria die op de betrokken opdracht van toepassing zijn (arrest van 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz, C 324/14, EU:C:2016:214, punt 61 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

37 Bovendien blijkt reeds uit de rechtspraak dat de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie en de transparantieplichting zich

verzetten tegen elke onderhandeling tussen de aanbestedende dienst en een inschrijver in het kader van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht, hetgeen betekent dat een inschrijving na de indiening ervan in beginsel niet mag worden aangepast op initiatief van de aanbestedende dienst of van de inschrijver. Bijgevolg mag de aanbestedende dienst een inschrijver niet om preciseringen verzoeken bij een inschrijving die hij onnauwkeurig of niet in overeenstemming met de technische specificaties van het bestek acht (arrest van 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz, C 324/14, EU:C:2016:214, punt 62 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

38 Het Hof heeft evenwel gepreciseerd dat artikel 2 van richtlijn 2004/18 niet eraan in de weg staat dat de gegevens van de inschrijvingen gericht kunnen worden verbeterd of aangevuld, met name omdat deze klaarblijkelijk een eenvoudige precisering behoeven, of om kennelijke materiële fouten recht te zetten (arrest van 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz, C 324/14, EU:C:2016:214, punt 63 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

39 Daartoe moet de aanbestedende dienst zich met name ervan vergewissen dat het verzoek om een inschrijving toe te lichten, niet ertoe leidt dat de betrokken inschrijver in werkelijkheid een nieuwe inschrijving indient (arrest van 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz, C 324/14, EU:C:2016:214, punt 64 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

40 Bovendien moet de aanbestedende dienst in de uitoefening van zijn beoordelingsbevoegdheid wat de mogelijkheid betreft om de inschrijvers te verzoeken hun offerte nader toe te lichten, de inschrijvers gelijk en op loyale wijze behandelen, zodat een verzoek om toelichting aan het einde van de selectieprocedure van de inschrijvingen en in het licht van de uitkomst daarvan niet overkomt als ten onrechte in het voordeel of nadeel van de inschrijver of inschrijvers tot wie dit verzoek was gericht (arrest van 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz, C 324/14, EU:C:2016:214, punt 65 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

41 In casu heeft Konsultant Komputer de aanbestedende dienst na het verstrijken van de termijn voor de indiening van de inschrijvingen voor de betrokken overheidsopdracht documenten overgelegd die niet waren vermeld in haar oorspronkelijke inschrijving. Zoals in punt 27 van dit arrest is aangegeven, heeft deze ondernemer inzonder-

heid melding gemaakt van een door een derde entiteit uitgevoerde overeenkomst en de verbintenis van deze entiteit om hem de voor de uitvoering van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde opdracht noodzakelijke middelen ter beschikking te stellen.

42 Dergelijke nadere gegevens zijn echter niet louter een eenvoudige precisering of een verbetering van kennelijke materiële fouten, in de zin van de in punt 38 van dit arrest in herinnering gebrachte rechtspraak, maar vormen in werkelijkheid een wezenlijke en aanzienlijke wijziging van de oorspronkelijke inschrijving, die eerder lijkt op de indiening van een nieuwe inschrijving.

43 Zoals de advocaat-generaal in wezen heeft opgemerkt in punt 30 van zijn conclusie, raakt een dergelijke mededeling immers rechtstreeks essentiële elementen van de procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht, namelijk de identiteit van de ondernemer die misschien de betrokken overheidsopdracht zal binnenhalen, en de verificatie van de bekwaamheden van deze ondernemer, en dus zijn geschiktheid om de betrokken opdracht uit te voeren, in de zin van artikel 44, lid 1, van richtlijn 2004/18.

44 In deze omstandigheden zou de aanbestedende dienst, door te aanvaarden dat de betrokken ondernemer de desbetreffende documenten indient om zijn oorspronkelijke inschrijving aan te vullen, deze ondernemer ten onrechte bevoordelen ten opzichte van de andere inschrijvers en bijgevolg schending begaan van de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie van ondernemers en de daaruit voortvloeiende transparantieplicht, die krachtens artikel 2 van richtlijn 2004/18 gelden voor aanbestedende diensten.

45 Uit het voorgaande volgt dat op de eerste tot en met derde vraag moet worden geantwoord dat artikel 51 van richtlijn 2004/18 juncto artikel 2 van deze richtlijn aldus moet worden uitgelegd dat het eraan in de weg staat dat een ondernemer, na het verstrijken van de termijn voor het indienen van de inschrijvingen voor een overheidsopdracht, aan de aanbestedende dienst, als bewijs dat hij voldoet aan de voorwaarden om aan een overheidsopdrachtenprocedure deel te nemen, documenten overlegt die in zijn oorspronkelijke inschrijving niet zijn vermeld, zoals een door een derde entiteit uitgevoerde overeenkomst en de verbintenis van deze entiteit om deze ondernemer

bekwaamheden en middelen ter beschikking te stellen die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de betrokken opdracht.

Vierde vraag

46 Met zijn vierde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 44 van richtlijn 2004/18 juncto artikel 48, lid 2, onder a), van deze richtlijn en het in artikel 2 ervan vermelde beginsel van gelijke behandeling van ondernemers aldus moet worden uitgelegd dat het een ondernemer toestaat een beroep te doen op de draagkracht van een andere entiteit in de zin van artikel 48, lid 3, van deze richtlijn, door de kennis en de ervaring van twee entiteiten, die elk op zich niet beschikken over de voor de uitvoering van een bepaalde opdracht gevraagde bekwaamheden, samen te tellen, in het geval de aanbestedende dienst meent dat de betrokken opdracht ondeelbaar is en dus door één ondernemer moet worden uitgevoerd.

47 Voor het antwoord op deze vraag zij er vooraf aan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak iedere ondernemer krachtens artikel 47, lid 2, en artikel 48, lid 3, van richtlijn 2004/18 het recht heeft om voor een welbepaalde opdracht een beroep te doen op de draagkracht of de bekwaamheden van andere entiteiten, ongeacht de aard van zijn banden met die entiteiten, mits bij de aanbestedende dienst wordt aangetoond dat de gegadigde of de inschrijver werkelijk kan beschikken over de voor de uitvoering van die opdracht noodzakelijk middelen van die entiteiten (arrest van 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz, C 324/14, EU:C:2016:214, punt 33 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

48 Zoals het Hof reeds heeft geoordeeld, verzetten de bepalingen van richtlijn 2004/18 zich er echter niet tegen dat de uitoefening van het in artikel 47, lid 2, en artikel 48, lid 3, van die richtlijn neergelegde recht in uitzonderlijke omstandigheden wordt beperkt (arrest van 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz, C 324/14, EU:C:2016:214, punt 39 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

49 Het is immers niet uitgesloten dat werkzaamheden bijzonderheden vertonen die een bepaalde bekwaamheid vereisen die niet kan worden verkregen door de beperktere bekwaamheid van meerdere ondernemingen bij elkaar te brengen. In een dergelijke situatie zou de aanbestedende dienst mogen verlangen dat één ondernemer het minimumniveau van de betrokken bekwaamheid heeft of, in voorkomend geval – krachtens artikel

44, lid 2, tweede alinea, van richtlijn 2004/18 – dat de bekwaamheid door een beperkt aantal ondernemers wordt geleverd, voor zover dat vereiste verband zou houden met en in verhouding zou staan tot het voorwerp van de opdracht (arrest van 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz, C 324/14, EU:C:2016:214, punt 40 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

50 Zoals in punt 18 van dit arrest is aangegeven, vereisten de specificaties van de in het hoofdingeving aan de orde zijnde overheidsopdracht van de inschrijvers dat zij ten minste twee in een specifiek domein uitgevoerde overeenkomsten overlegden.

51 Na een verzoek van de aanbestedende dienst heeft Konsultant Komputer, als bewijs dat zij beschikt over de voor de uitvoering van de in het hoofdingeving aan de orde zijn de overheidsopdracht noodzakelijke bekwaamheden, een beroep gedaan op de ervaring van een andere entiteit, die bestond in twee door Medinet Systemy Informatyczne uitgevoerde leveringen, zoals vermeld in punt 27 van dit arrest.

52 Zoals de advocaat-generaal in punt 46 van zijn conclusie opmerkt, berust de prejudiciële vraag echter op de door de verwijzende rechter geverifieerde premisse dat de in het hoofdingeving aan de orde zijnde overheidsopdracht ondeelbaar is, zodat het minimumniveau van de betrokken bekwaamheid door één ondernemer moet worden bereikt, en niet door een beroep te doen op de bekwaamheden van verschillende ondernemers. Zoals blijkt uit de verwijzingsbeslissing oordeelt de Krajowa Izba Odwoławcza bovendien dat de uitsluiting van de mogelijkheid om een beroep te doen op de ervaring van verschillende ondernemers verband houdt met en in verhouding staat tot het voorwerp van de betrokken opdracht.

53 In deze omstandigheden, en gelet op de in de punten 48 en 49 van dit arrest in herinnering gebrachte rechtspraak, kan de betrokken ondernemer geen beroep doen op de bekwaamheden van een derde entiteit om te bewijzen dat hij beschikt over de bekwaamheden die zijn vereist voor de uitvoering van de in het hoofdingeving aan de orde zijn de overheidsopdracht.

54 Bijgevolg dient op de vierde vraag te worden geantwoord dat artikel 44 van richtlijn 2004/18 juncto artikel 48, lid 2, onder a), van deze richtlijn en het in artikel 2 ervan vermelde beginsel van gelijke behandeling van ondernemers aldus moet worden uitgelegd dat het een ondernemer niet

toestaat een beroep te doen op de draagkracht van een andere entiteit in de zin van artikel 48, lid 3, van deze richtlijn, door de kennis en de ervaring van twee entiteiten, die elk op zich niet beschikken over de voor de uitvoering van een bepaalde opdracht gevraagde bekwaamheden, samen te tellen, in het geval de aanbestedende dienst meent dat de betrokken opdracht ondeelbaar is in die zin dat deze door één ondernemer moet worden uitgevoerd, en dat een dergelijke uitsluiting van de mogelijkheid om een beroep te doen op de ervaring van verschillende ondernemers verband houdt met en in verhouding staat tot het voorwerp van de betrokken opdracht, die bijgevolg door één ondernemer moet worden uitgevoerd.

Vijfde vraag

55 Met zijn vijfde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 44 van richtlijn 2004/18 juncto artikel 48, lid 2, onder a), van deze richtlijn en het in artikel 2 ervan vermelde beginsel van gelijke behandeling van ondernemers aldus moet worden uitgelegd dat het een ondernemer, die individueel deelneemt aan een procedure voor de gunning van een overheidsopdracht, toestaat een beroep te doen op de ervaring van een combinatie van ondernemingen, waaraan hij in het kader van een andere overheidsopdracht heeft deelgenomen, ongeacht de aard van zijn deelneming aan de uitvoering van deze opdracht.

56 Deze vraag heeft betrekking op het in punt 20 van dit arrest vermelde feit dat in het hoofdingeving de geïntegreerde ziekenhuissystemen voor de betrokken ziekenhuizen zijn geleverd door een combinatie van twee ondernemingen, namelijk Konsultant Komputer en Konsultant IT.

57 Voor het antwoord op die vraag moet eraan worden herinnerd dat het volgens artikel 44, lid 1, van richtlijn 2004/18 aan de aanbestedende dienst staat om de geschiktheid van de gegadigden of de inschrijvers te controleren op grond van de in de artikelen 47 tot en met 52 van deze richtlijn genoemde criteria.

58 Bovendien kan de aanbestedende dienst ingevolge artikel 44, lid 2, van die richtlijn eisen dat ondernemers voldoen aan minimumeisen inzake economische en financiële draagkracht alsook technische bekwaamheid en/of beroepsbekwaamheid, overeenkomstig de artikelen 47 en 48 van deze richtlijn.

59 Inzonderheid bepaalt artikel 48, lid 2, onder a), van richtlijn 2004/18 dat de technische bekwaamheid en/of beroepsbekwaamheid van de

ondernemer, onder meer rekening houdend met de aard en de omvang van de verrichte prestaties, kunnen worden aangetoond aan de hand van een lijst van de werken die de afgelopen vijf jaar werden verricht en aan de hand van een lijst van de voornaamste leveringen of diensten die gedurende de afgelopen drie jaar werden verricht.

60 Overeenkomstig de in punt 47 van dit arrest in herinnering gebrachte rechtspraak heeft een ondernemer krachtens artikel 48, lid 3, van die richtlijn het recht om voor een welbepaalde opdracht een beroep te doen op de draagkracht van een andere entiteit, zoals een combinatie van ondernemingen waaraan hij heeft deelgenomen, mits ten overstaan van de aanbestedende dienst wordt aangetoond dat die ondernemer werkelijk kan beschikken over de voor de uitvoering van die opdracht noodzakelijke middelen van die entiteit.

61 In deze context vormt de door een ondernemer verworven ervaring een bijzonder belangrijk criterium voor de kwalitatieve selectie van deze ondernemer, aangezien de aanbestedende dienst overeenkomstig artikel 44, lid 1, van richtlijn 2004/18 op basis daarvan de geschiktheid van de gegadigden of de inschrijvers om een bepaalde overheidsopdracht uit te voeren kan nagaan.

62 Wanneer een ondernemer een beroep doet op de ervaring van een combinatie van ondernemingen waaraan hij heeft deelgenomen, moet deze bijgevolg worden beoordeeld aan de hand van de concrete deelneming van deze ondernemer en dus van zijn daadwerkelijke bijdrage aan de uitvoering van een in het kader van een bepaalde overheidsopdracht van die combinatie vereiste activiteit.

63 Zoals de Poolse regering in haar schriftelijke opmerkingen terecht heeft opgemerkt, verwerft een ondernemer immers daadwerkelijk ervaring, niet louter door lid te zijn van een combinatie van ondernemingen, ongeacht zijn bijdrage daaraan, maar alleen door rechtstreeks deel te nemen aan de uitvoering minstens van een perceel van de opdracht, waarvan die combinatie de totale uitvoering verzekert.

64 Daaruit volgt dat een ondernemer voor de door de aanbestedende dienst vereiste ervaring geen beroep mag doen op de door de andere leden van een combinatie van ondernemingen verrichte prestatie waaraan hij niet daadwerkelijk en concreet heeft deelgenomen.

65 Gelet op het voorgaande dient op de vijfde vraag te worden geantwoord dat artikel 44 van richtlijn 2004/18 juncto artikel 48, lid 2, onder a), van deze richtlijn en het in artikel 2 ervan vermelde beginsel van gelijke behandeling van ondernemers aldus moet worden uitgelegd dat het een ondernemer, die individueel deelneemt aan een procedure voor de gunning van een overheidsopdracht, niet toestaat een beroep te doen op de ervaring van een combinatie van ondernemingen, waaraan hij in het kader van een andere overheidsopdracht heeft deelgenomen, wanneer hij niet daadwerkelijk en concreet heeft deelgenomen aan de uitvoering van deze opdracht.

Zesde vraag

66 Met zijn zesde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 45, lid 2, onder g), van richtlijn 2004/18, op basis waarvan een ondernemer van deelneming aan een overheidsopdracht kan worden uitgesloten, onder meer wanneer hij zich in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan valse verklaringen bij het verstrekken van de door de aanbestedende dienst gevraagde inlichtingen, aldus moet worden uitgelegd dat het kan worden toegepast wanneer deze inlichtingen de uitkomst van de aanbesteding kunnen beïnvloeden, ongeacht of deze ondernemer opzettelijk heeft gehandeld.

67 Voor het antwoord op deze vraag zij eraan herinnerd dat in artikel 45, leden 1 en 2, van richtlijn 2004/18 een reeks – respectievelijk verplichte en facultatieve – gronden voor uitsluiting van een inschrijver van deelneming aan een overheidsopdracht zijn vastgesteld, die verband houden met diens persoonlijke situatie.

68 Inzonderheid kan een ondernemer op grond van artikel 45, lid 2, onder g), van die richtlijn worden uitgesloten van deelneming aan een overheidsopdracht wanneer hij zich „in ernstige mate schuldig” heeft gemaakt aan valse verklaringen bij het verstrekken van de door de aanbestedende dienst gevraagde inlichtingen, of die inlichtingen niet heeft verstrekt.

69 Met zijn vraag wenst de Krajowa Izba Odwoławcza te vernemen of het voor de toepassing van die bepaling noodzakelijk is dat de inschrijver opzettelijk heeft gehandeld en dat de aanbestedende dienst overgelegde inlichtingen de uitkomst van de aanbesteding hebben beïnvloed of hadden kunnen beïnvloeden.

70 Dienaangaande zij in de eerste plaats opgemerkt dat de bewoordingen van artikel 45, lid 2, onder g), van richtlijn 2004/18 geen verwijzing naar de opzettelijke gedraging van de ondernemer bevatten. Bijgevolg kan de vaststelling van een dergelijke gedraging niet worden beschouwd als een noodzakelijk element om een dergelijke ondernemer van deelneming aan een overheidsopdracht uit te sluiten.

71 Om de inschrijver te beschouwen als „in ernstige mate schuldig” in de zin van die bepaling en hem bijgevolg van een overheidsopdracht uit te sluiten, volstaat het daarentegen dat hij verantwoordelijk kan worden gehouden voor een nalatigheid van een zekere mate van ernst, namelijk een nalatigheid die een beslissende invloed kan hebben op de beslissingen tot uitsluiting van, selectie voor of gunning van een overheidsopdracht.

72 Bijgevolg is een aanbestedende dienst, om een ondernemer die valse verklaringen heeft afgelegd te bestraffen door hem uit te sluiten van deelneming aan een overheidsopdracht – anders dan met name de Poolse regering en de Europese Commissie suggereren – niet verplicht het bewijs te leveren dat deze ondernemer een opzettelijke fout heeft begaan.

73 In de tweede plaats zij opgemerkt dat volgens de bewoordingen van artikel 45, lid 2, tweede alinea, van richtlijn 2004/18 de lidstaten overeenkomstig hun nationaal recht en onder eerbiediging van het communautair recht de voorwaarden voor de toepassing van dit lid bepalen.

74 Daaruit volgt dat de begrippen in dat artikel 45, lid 2, eerste alinea, waaronder het begrip „in ernstige mate schuldig”, in het nationale recht kunnen worden gepreciseerd en verduidelijkt, evenwel met eerbiediging van het Unierecht (zie in die zin arrest van 13 december 2012, *Forposta en ABC Direct Contact*, C 465/11, EU:C:2012:801, punt 26).

75 In casu voorziet artikel 24, lid 2, punt 3, van de aanbestedingswet in de mogelijkheid om ondernemers die valse inlichtingen hebben verstrekt die de uitkomst van de procedure beïnvloeden of kunnen beïnvloeden, van de aanbestedingsprocedure uit te sluiten.

76 Zoals blijkt uit de verwijzingsbeslissing hebben de verklaringen en de informatie die de betrokken ondernemer heeft verstrekt daadwerkelijk invloed gehad op de uitkomst van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde procedure voor de gunning van een opdracht. Volgens de *Krajowa Izba Od-*

woławcza heeft Konsultant Komputer immers juist op basis van deze verklaringen en deze informatie de aanbesteding binnengehaald.

77 In deze omstandigheden dient te worden vastgesteld dat de betrokken ondernemer door dergelijke verklaringen en informatie te verstrekken verantwoordelijk is voor een nalatigheid die een beslissende invloed heeft gehad op de beslissingen tot uitsluiting van, selectie voor of gunning van de bedoelde overheidsopdracht, zodat deze ondernemer „in ernstige mate schuldig” kan worden geacht in de zin van artikel 45, lid 2, onder g), van richtlijn 2004/18. Bijgevolg kan een dergelijke houding de beslissing van de aanbestedende dienst om deze ondernemer van de betrokken overheidsopdracht uit te sluiten, rechtvaardigen.

78 Gelet op de voorgaande overwegingen, dient op de zesde vraag te worden geantwoord dat artikel 45, lid 2, onder g), van richtlijn 2004/18, op basis waarvan een ondernemer van deelneming aan een overheidsopdracht kan worden uitgesloten, onder meer wanneer hij zich „in ernstige mate schuldig” heeft gemaakt aan valse verklaringen bij het verstrekken van de door de aanbestedende dienst gevraagde inlichtingen, aldus moet worden uitgelegd dat het kan worden toegepast wanneer de betrokken ondernemer verantwoordelijk is voor een nalatigheid van een zekere mate van ernst, namelijk een nalatigheid die een beslissende invloed kan hebben op de beslissingen tot uitsluiting van, selectie voor of gunning van een overheidsopdracht, ongeacht of wordt vastgesteld dat deze ondernemer een opzettelijke fout heeft gemaakt.

Zevende vraag

79 Met zijn zevende vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 44 van richtlijn 2004/18 juncto artikel 48, lid 2, onder a), van deze richtlijn en het in artikel 2 ervan neergelegde beginsel van gelijke behandeling van ondernemers aldus moet worden uitgelegd dat het een ondernemer toestaat een beroep te doen op ervaring door tegelijk te verwijzen naar twee of meer overeenkomsten als één opdracht, hoewel de aanbestedende dienst noch in de aankondiging van de opdracht, noch in het bestek uitdrukkelijk in een dergelijke mogelijkheid heeft voorzien.

80 Voor het antwoord op die vraag moet vooraf worden opgemerkt dat – zoals in punt 57 van dit arrest in herinnering is gebracht – volgens artikel 44, lid 1, van richtlijn 2004/18 de aanbestedende dienst de geschiktheid van de gegadigden of de

inschrijvers om de betrokken opdracht uit te voeren moet controleren op grond van de in de artikelen 47 tot en met 52 van deze richtlijn gestelde vereisten.

81 Van hun kant moeten de gegadigden of de inschrijvers aan de aanbestedende dienst bewijzen dat zij daadwerkelijk beschikken of zullen beschikken over de bekwaamheden die noodzakelijk zijn om de goede uitvoering van de betrokken overheidsopdracht te verzekeren.

82 Dienaangaande heeft de aanbestedende dienst gegronde redenen om, in beginsel in de aankondiging van de opdracht of in het bestek, uitdrukkelijk het vereiste aan te geven om over zekere bekwaamheden te beschikken, en een concrete regeling volgens welke de inschrijver zijn geschiktheid moet aantonen om de betrokken opdracht binnen te halen en uit te voeren. Evenzo kan de aanbestedende dienst in uitzonderlijke omstandigheden, gelet op de aard van de betrokken werken en het voorwerp en het doel van de opdracht, voorzien in beperkingen, met name wat betreft het beroep op een beperkt aantal ondernemers, overeenkomstig artikel 44, lid 2, van richtlijn 2004/18 (zie in die zin arresten van 7 april 2016, *Partner Apelski Dariusz*, C 324/14, EU:C:2016:214, punten 39-41, en 5 april 2017, *Borta*, C 298/15, EU:C:2017:266, punt 90 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

83 Wanneer de aanbestedende dienst beslist om van een dergelijke mogelijkheid gebruik te maken, staat het echter aan hem om zich ervan te vergewissen dat de specifieke regels die hij vaststelt 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 40 en 56).

84 Zoals blijkt uit de verwijzingsbeslissing, heeft de aanbestedende dienst in casu weliswaar in de aanbestedingsstukken niet uitdrukkelijk voorzien in de mogelijkheid voor de inschrijver om zich te beroepen op twee of meer overeenkomsten als één opdracht, maar dit neemt niet weg dat een dergelijke mogelijkheid ook noch in de aankondiging van de opdracht, noch in het bestek uitdrukkelijk is uitgesloten.

85 In deze omstandigheden kan a priori niet worden uitgesloten dat de voor de uitvoering van de betrokken opdracht noodzakelijke ervaring, die de ondernemer niet in het kader van één overeenkomst, maar van twee of meer verschillen-

de overeenkomsten heeft verworven, als voldoende kan worden beschouwd door de aanbestedende dienst en dat deze ondernemer op basis daarvan bijgevolg de betrokken overheidsopdracht kan binnenhalen.

86 Zoals de advocaat-generaal in punt 62 van zijn conclusie heeft opgemerkt, zou het immers, indien in beginsel aan de vereisten voor een bepaalde opdracht kan worden voldaan door de bekwaamheden en de ervaring van verschillende ondernemers samen te tellen, a fortiori onlogisch zijn om de mogelijkheid van het combineren van de bekwaamheden en de ervaring die door dezelfde ondernemer in verschillende overeenkomsten daadwerkelijk is verworven a priori uit te sluiten.

87 Bijgevolg, en voor zover – zoals in het hoofdgeding – de mogelijkheid om een beroep te doen op verschillende in het kader van meerdere overeenkomsten verworven ervaringen noch in de aankondiging van de opdracht, noch in het bestek is uitgesloten, staat het aan de aanbestedende dienst, onder toezicht van de bevoegde nationale rechters, om na te gaan of op basis van de gecombineerde ervaring van twee of meer overeenkomsten, gelet op de aard van de betrokken werken en op het voorwerp en de doelstellingen van de betrokken opdracht, een correcte uitvoering van deze opdracht kan worden verzekerd.

88 Gelet op het voorgaande, dient op de zevende vraag te worden geantwoord dat artikel 44 van richtlijn 2004/18 juncto artikel 48, lid 2, onder a), van deze richtlijn en het in artikel 2 ervan neergelegde beginsel van gelijke behandeling van ondernemers aldus moet worden uitgelegd dat het een ondernemer toestaat een beroep te doen op ervaring door tegelijk te verwijzen naar twee of meer overeenkomsten als één opdracht, tenzij de aanbestedende dienst een dergelijke mogelijkheid heeft uitgesloten op grond van vereisten die verband houden met en in verhouding staan tot het voorwerp en de doelstellingen van de betrokken overheidsopdracht.

Kosten

89 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) Artikel 51 van 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 juncto artikel 2 van deze richtlijn moet aldus worden uitgelegd dat het eraan in de weg staat dat een ondernemer, na het verstrijken van de termijn voor het indienen van de inschrijvingen voor een overheidsopdracht, aan de aanbestedende dienst, als bewijs dat hij voldoet aan de voorwaarden om aan een overheidsopdrachtenprocedure deel te nemen, documenten overlegt die in zijn oorspronkelijke inschrijving niet zijn vermeld, zoals een door een derde entiteit uitgevoerde overeenkomst en de verbintenis van deze entiteit om deze ondernemer bekwaamheden en middelen ter beschikking te stellen die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de betrokken opdracht.

2) Artikel 44 van richtlijn 2004/18 juncto artikel 48, lid 2, onder a), van deze richtlijn en het in artikel 2 ervan vermelde beginsel van gelijke behandeling van ondernemers moet aldus worden uitgelegd dat het een ondernemer niet toestaat een beroep te doen op de draagkracht van een andere entiteit, in de zin van artikel 48, lid 3, van deze richtlijn, door de kennis en de ervaring van twee entiteiten, die elk op zich niet beschikken over de voor de uitvoering van een bepaalde opdracht gevraagde bekwaamheden, samen te tellen, in het geval de aanbestedende dienst meent dat de betrokken opdracht ondeelbaar is, en dat een dergelijke uitsluiting van de mogelijkheid om een beroep te doen op de ervaring van verschillende ondernemers verband houdt met en in verhouding staat tot het voorwerp van de betrokken opdracht, die bijgevolg door één ondernemer moet worden uitgevoerd.

3) Artikel 44 van richtlijn 2004/18 juncto artikel 48, lid 2, onder a), van deze richtlijn en het in artikel 2 ervan vermelde beginsel van gelijke behandeling van ondernemers moet aldus worden uitgelegd dat het een ondernemer, die individueel deelneemt aan een procedure voor de gunning van een overheidsopdracht, niet toestaat een beroep te doen op de ervaring van een combinatie van ondernemingen, waaraan hij in het kader van een andere overheidsopdracht heeft deelgenomen, wanneer hij niet daadwerkelijk en concreet heeft deelgenomen aan de uitvoering van deze opdracht.

4) Artikel 45, lid 2, onder g), van richtlijn 2004/18, op basis waarvan een ondernemer van deelneming aan een overheidsopdracht kan worden uitgesloten, onder meer wanneer hij zich „in ernstige mate schuldig” heeft gemaakt aan valse verklaringen bij het verstrekken van de door de aanbestedende dienst gevraagde inlichtingen, moet aldus worden uitgelegd dat het kan worden toegepast wanneer de betrokken ondernemer verantwoordelijk is voor een nalatigheid van een zekere mate van ernst, namelijk een nalatigheid die een beslissende invloed kan hebben op de beslissingen tot uitsluiting van, selectie voor of gunning van een overheidsopdracht, ongeacht of wordt vastgesteld dat deze ondernemer een opzettelijke fout heeft gemaakt.

5) Artikel 44 van richtlijn 2004/18 juncto artikel 48, lid 2, onder a), van deze richtlijn en het in artikel 2 ervan neergelegde beginsel van gelijke behandeling van ondernemers moet aldus worden uitgelegd dat het een ondernemer toestaat een beroep te doen op ervaring door tegelijk te verwijzen naar twee of meer overeenkomsten als één opdracht, tenzij de aanbestedende dienst een dergelijke mogelijkheid heeft uitgesloten op grond van vereisten die verband houden met en in verhouding staan tot het voorwerp en de doelstellingen van de betrokken overheidsopdracht.

NOOT

Annotatie:

Een inschrijving waarbij tot tweemaal toe bezwaren zijn over de referentieopdrachten van de beoogde winnaar, leidde tot zeven prejudiciële vragen van de Poolse Nationale Kamer van Beroep.¹ Dat geeft het HvJ EU de gelegenheid een aantal aanbestedingsrechtelijke leerstukken merendeels te bevestigen en deels nader te verduidelijken. In deze noot bespreek ik de volgende aspecten: 1) het oordeel van het HvJ EU ten aanzien van de mogelijkheid om referentieopdrachten nader aan te vullen, 2) de mogelijkheid om referentieopdrachten, al dan niet met

1 Een instelling specifiek opgericht in het kader van de rechtsbescherming bij aanbestedingsprocedures voor overheidsopdrachten, https://pl.wikipedia.org/wiki/Krajowa_Izba_Odwo%C5%82awcza.

een beroep op een derde, samen te stellen, en 3) de uitleg van het begrip ‘*in ernstige mate schuldig*’ in het kader van het verstrekken van valse inlichtingen.

Aanvullen van referentieopdrachten

Met drie prejudiciële vragen verzoekt de Poolse rechter een nadere verduidelijking van de ‘standaardarresten’ SAG Slovensko² en Manova³ over toelaatbaarheid van het verduidelijken, aanvullen en eventueel verbeteren van inschrijvingen. Daarbij maakt de Poolse rechter in zijn vraag onderscheid tussen het na inschrijving nog aanleveren van nieuwe referenties en de – verdergaande – situatie van het dan nog een beroep doen op een derde. Het HvJ EU acht in ieder geval dat laatste niet toelaatbaar omdat het een wezenlijke en aanzienlijke wijziging van de oorspronkelijke inschrijving is. In zijn motivering wijst het HvJ EU – onder verwijzing naar de conclusie van de A-G⁴ – erop dat dit het essentiële element raakt van de identiteit van de ondernemer die misschien de overheidsopdracht zal binnenhalen.

Of het aanvullen van referentieopdrachten evenmin toelaatbaar is als er géén beroep op een derde wordt gedaan, blijkt niet expliciet uit de overwegingen van het HvJ EU en de A-G. Echter, de argumenten van met name de A-G wijzen zeker die kant op.⁵ Zo vergelijkt hij de lijn van het HvJ EU ten aanzien van het herstel van gebreken met een foto. De informatie en stukken die tijdig voor de deadline zijn ingediend, vormen volgens hem een snelle foto. Op verzoek van de aanbestedende dienst mag worden ingezoomd op een of ander detail in deze opname dat enigszins wazig is. Daarbij mag verzocht worden om een hogere resolutie, maar geldt dat de basisinformatie reeds, in de oorspronkelijke

foto aanwezig dient te zijn.⁶ Dat een niet-ingediende referentieopdracht ook niet ‘op de foto staat’, moge duidelijk zijn. Voorts merkt de A-G op dat referenties van de lijst met eerder uitgevoerde opdrachten kunnen worden verwijderd, maar dat geen nieuwe ervaring van een derde aan de lijst mag worden toegevoegd. Het lijkt me dat de stelregel dat referenties na de inschrijvingsdatum wel af- maar niet meer opgevoerd mogen worden, voor alle referenties geldt en niet alleen voor die van derden.

Opmerkelijk is dat het HvJ EU de ‘wezenlijke wijziging’ noemt in de context van de aanpassing van een inschrijving. Het HvJ EU oordeelt dat in dit geval mogelijk sprake is van een nieuwe inschrijving (als bedoeld in het SAG Slovensko-arrest⁷) omdat de aanvullingen een wezenlijke en aanzienlijke wijziging van de oorspronkelijke inschrijving vormen.⁸ Ook in een ander even recent arrest gebruikt het HvJ EU in dit kader het begrip wezenlijke wijziging.⁹ De introductie van ‘wezenlijke wijziging’ als toetsingscriterium lijkt me gepast. Immers, waar de wezenlijke wijziging in zijn oorspronkelijk ‘Presstext-context’ bepaalt of een aanpassing van een reeds gegunde opdracht leidt tot de gunning van een nieuwe opdracht, zo bepaalt de wezenlijke wijziging in deze context of de aanpassing van een inschrijving leidt tot een nieuwe inschrijving.

Inrichting van referentieopdracht

De vragen 4, 5 en 7 zien op de inhoud en samenstelling van referentieopdrachten.

De vraag of inschrijvers zich kunnen beroepen op in combinatie uitgevoerde opdrachten, waarbij de relevante werkzaamheden niet door de inschrijver zelf maar door de combinant zijn

2 HvJ EU 29 maart 2012, C-599/10, (SAG Slovensko).

3 HvJ EU 10 oktober 2013, C-336/12 (Manova).

4 Conclusie A-G Bobek 24 november 2016, C-387/14, r.o. 30.

5 Het is in ieder geval in de Nederlandse jurisprudentie niet toegestaan. Zie bijvoorbeeld: V.zr. ‘s-Gravenhage 11 december 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:AZ7517, 4.3.

6 Conclusie A-G Bobek 24 november 2016, C-387/14, r.o. 28.

7 HvJ EU 29 maart 2012, C-599/10, (SAG Slovensko), r.o. 40.

8 R.o. 42., daarbij had het HvJ EU een jaar eerder in vergelijkbare bewoording al geoordeeld dat een bepaalde instructie een aanzienlijke wijziging vormt die veeleer op de indiening van een nieuwe inschrijving lijkt, zie: HvJ EU 7 april 2016, C-324/14, (Partner Apelski Dariusz), r.o. 68.

9 HvJ EU 11 mei 2017, C-131/16, (Archus), r.o. 37.

uitgevoerd, wordt vanzelfsprekend ontkennend beantwoord. Treffend is volgens de A-G in dat kader het voorbeeld van de Poolse rechter van een bank in een consortium voor de aanleg van een autoweg. Ook als deel van het consortium heeft deze bank na oplevering van dat werk geen enkele relevante ervaring met de aanleg van autowegen.¹⁰ Dit was ook in de Nederlandse jurisprudentie al een bestendige lijn.¹¹ In dit kader is wel de formulering van de geschiktheidseis van belang. In de regel zoekt een aanbestedende dienst naar een inschrijver die bepaalde activiteiten zelf eerder heeft uitgevoerd (ook wel 'zelf-eis' genoemd). Soms is een geschiktheidseis echter zo geformuleerd dat betrokkenheid bij een eerdere opdracht met bepaalde activiteiten volstaat, ook al voerde de inschrijver deze niet zelf uit. Het is van belang geschiktheidseisen in dit kader zorgvuldig te formuleren omdat niet zelden discussie ontstaat over de vraag of er wel of niet sprake is van een 'zelf-eis', met divergerende uitkomsten in de rechtspraak.¹²

De vraag of verschillende entiteiten hun afzonderlijke referenties mogen samen tellen om gezamenlijk aan een ervaringseis te voldoen, wordt ten principale met 'ja' beantwoord. Echter, in deze specifieke situatie acht het HvJ EU het niet toelaatbaar. Volgens vaste jurisprudentie mag

het recht op een beroep op de draagkracht van derden namelijk in uitzonderlijke omstandigheden worden beperkt.¹³ Van zo een situatie is in dit geval sprake omdat de aanbestedende dienst meent dat de betrokken opdracht ondeelbaar is in de zin dat deze door één ondernemer moet worden uitgevoerd. Daarmee moet het minimumniveau van de betrokken bekwaamheid volgens de aanbestedende dienst ook door één ondernemer worden bereikt. Het HvJ EU gaat daarin mee omdat immers niet uitgesloten is dat werkzaamheden bijzonderheden vertonen die een bepaalde bekwaamheid vereisen die niet kan worden verkregen door de beperktere bekwaamheid van meerdere ondernemingen bij elkaar te brengen. Omdat als uitgangspunt geldt dat verschillende ondernemers juist wel hun ervaringen 'bij elkaar mogen leggen', worden deze beperkende eisen niet alleen slechts in uitzonderlijke gevallen toegestaan, maar ook aan een proportionaliteits-toets onderworpen. Gecontroleerd dient te worden of de beperking verband houdt met en in verhouding staat tot het voorwerp van de betrokken opdracht.

Enigszins haaks daarop staat het oordeel dat het HvJ EU het zowel in het algemeen, als in dit specifieke geval, aanvaardbaar acht dat een inschrijver een beroep doet op ervaring door naar twee of meer overeenkomsten te verwijzen als één opdracht. In algemene zin merkt het HvJ EU – in overeenstemming met de A-G – op dat indien het in beginsel mogelijk is om de ervaring van verschillende ondernemers samen te tellen, het onlogisch zou zijn om de mogelijkheid uit te sluiten dat eenzelfde ondernemer de ervaringen opgedaan in verschillende overeenkomsten combineert. Met dat algemene uitgangspunt ben ik het eens. Echter, ten aanzien van deze casus vind ik het oordeel aanvechtbaar. Immers, de ervaring van verschillende ondernemers mocht niet worden samen geteld omdat de opdracht (en dus ook de vereiste ervaring) ondeelbaar zou zijn. Als ervaring opgedaan in één integrale uitgevoerde opdracht zo belangrijk is, dan

-
- 10 Conclusie A-G Bobek 24 november 2016, C-387/14, r.o. 51.
- 11 Zie bijv. Vزر. Rotterdam 30 december 2003, ECLI:NL:RBROT:2003:AO1134. Een vervolgvraag is of een combinant zich nog wel een deel van de ervaring van een in combinatie uitgevoerde opdracht mag toerekenen, op basis van de onderlinge juridische participatieverhouding, zoals onder meer werd toegestaan in Vزر. Zwolle 22 januari 2004 «JAAN» 2004/1, r.o. 16. Mij lijkt dat alleen mogelijk als de combinanten min of meer dezelfde werkzaamheden hebben uitgevoerd, omdat anders nog steeds de situatie ontstaat dat een combinant ervaring krijgt toebedeeld in werkzaamheden die hij feitelijk nooit heeft uitgevoerd.
- 12 Zie onder meer: Vزر. Zeeland-West-Brabant 17 mei 2017, C/02/328827 / KG ZA 17-194, Vزر. Oost-Brabant 9 april 2015, «JAAN» 2015/115, m.nt. mr. A.L. Appelman en mr. S. Saric, Vزر. Den Haag 1 april 2015, «JAAN» 2015/113 en Hof 's-Hertogenbosch 1 april 2014, «JAAN» 2014/87, m.nt. mr. B.J.H. Blaisse-Verkooyen.

-
- 13 R.o. 42 en 84, HvJ EU 2 juni 2016, C-27/15, (Pippo Pizzo), r.o. 28, HvJ EU 7 april 2016, C-324/14, (Partner Apelski Dariusz), r.o. 39 en HvJ EU 10 oktober 2013, C-94/12, (Mannocchi Luigino), r.o. 35.

mist een ondernemer die twee losse elementen van zo een opdracht heeft uitgevoerd, net zo goed die integrale ervaring.

Voor het HvJ EU weegt bij dit oordeel zwaar dat de bepalingen in de aanbestedingsdocumentatie deze situatie niet verbieden. Daarmee laat het HvJ EU kennelijk ook ruimte voor een aanbestedende dienst om – in uitzonderlijke omstandigheden – een beroep op meerdere overeenkomsten wel uit te sluiten.

In ernstige mate schuldig gemaakt

Volgens het HvJ EU betekent de zinsnede “*in ernstige mate schuldig gemaakt*” in artikel 45 lid 2 sub g RI. 2004/18/EG¹⁴ niet dat er ook sprake moet zijn van opzet om uitgesloten te worden vanwege valse verklaringen. Veel meer acht het HvJ EU van belang wat het effect is van de valse verklaring: namelijk of deze een beslissende invloed kan hebben op het besluit tot uitsluiting van, selectie voor, of gunning van een overheidsopdracht. Dat brengt met zich dat de valse verklaring ook gelegen kan zijn in een nalatigheid iets te melden.

Dat oordeel valt gelet op het begrip schuldig (wat zich juist onderscheid van opzet) goed te volgen. Dat geldt te meer als de Engelse vertaling van de zinsnede wordt gezien. In de formulering “*is guilty of serious misrepresentation*” ziet de mate van ernst veel duidelijker op de mate van onjuistheid van de verklaring en veel minder op de mate van schuld.

Conclusie en enkele vuistregels voor de praktijk

Met dit arrest is (deels opnieuw) bevestigd dat:

- het na inschrijving indienen van aanvullende referenties – zeker afkomstig van en met een beroep op derden – niet is toegestaan.
- in combinatie opgedane ervaring alleen relevant is als deze is opgedaan door de deelnemer die zich erop beroept.
- verschillende ondernemers afzonderlijk opgedane ervaring mogen samen tellen teneinde aan geschiktheidseisen te voldoen en dat een onder-

nemer een beroep mag doen op ervaring uit twee of meer overeenkomsten als één opdracht, maar dat aanbestedende diensten deze mogelijkheden evengoed in uitzonderlijke omstandigheden in de aanbestedingsdocumentatie kunnen beperken, voor zover dat proportioneel is gelet op de aard, het voorwerp en het doel van de opdracht.

- “*in ernstige mate schuldig gemaakt*” aan valse verklaringen geen opzet vereist maar wel mede ziet op nalatigheid die dusdanig ernstig is dat deze van invloed is op de uitslag van de aanbestedingsprocedure.

Voor de praktijk betekent dit voor aanbestedende diensten dat zij hun geschiktheidseisen – en met name de wijze waarop inschrijvers daaraan kunnen voldoen – zo zorgvuldig mogelijk moeten formuleren. Inschrijvers dienen er rekening mee te houden dat als zij nadere inlichtingen verstrekken, ook nalatigheden hen kunnen worden aangerekend als valse verklaringen wat tot uitsluiting kan leiden.

D.R. Versteeg,
advocaat bij Rozemond Advocaten

141

Hof van Justitie EU
11 mei 2017, nr. C-131/16, ECLI:EU:C:2017:358
(mr. Vilaras, mr. Safjan, mr. Šváby)

**Gelijkheidsbeginsel. Transparatiebeginsel.
Wijziging inschrijving. Bepaalde Overheidsopdracht.**

[Richtlijn 2004/17/EG art. 10; Richtlijn
92/13/EG art. 1 lid 3]

Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen, enerzijds, Archus sp. z o.o. en Gama Jacek Lipik (hierna samen: Archus en Gama) en, anderzijds, Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. (Poolse aardolie- en aardgasmaatschappij), over de besluiten van deze laatste tot afwijzing van hun offerte in het kader van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht en tot aanvaarding van de offerte van Digital-Center sp. z o.o.

¹⁴ R.o. 42 en 84, HvJ EU 2 juni 2016, C-27/15, (Pippo Pizzo), r.o. 28, HvJ EU 7 april 2016, C-324/14, (Partner Apelski Dariusz), r.o. 39 en HvJ EU 10 oktober 2013, C-94/12, (Mannocchi Luigino), r.o. 35.

Eerste vraag

Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of het in artikel 10 van richtlijn 2004/17 neergelegde beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers aldus moet worden uitgelegd dat het zich ertegen verzet dat een aanbestedende dienst de inschrijvers in het kader van een aanbesteding verzoekt om overlegging van de vereiste verklaringen of documenten die niet zijn ingestuurd binnen de termijn voor het indienen van inschrijvingen, of om verbetering van verklaringen of documenten die fouten bevatten, zonder dat op die aanbestedende dienst de verplichting rust om de inschrijvers erop te wijzen dat de inhoud van de ingediende inschrijvingen niet mag worden gewijzigd.

In het onderhavige geval heeft de verwijzende rechter in zijn verzoek om een prejudiciële beslissing uiteengezet dat de inschrijvers bij hun offerte proeven van gedigitaliseerde archiefstukken dienden te voegen, die moesten worden opgesteld volgens de beschrijving in punt 4.1 van het bestek, en dat zij dienden te vermelden welke digitaliseringsmethode was toegepast en wat de kwaliteit van de digitalisering was.

Archus en Gama hebben bij de aanbestedende dienst een verzoek om verbetering van hun offerte ingediend teneinde de proef van een microfilm die bij hun inschrijving was gevoegd te vervangen door een nieuwe proef, omdat de eerste niet beantwoordde aan de specificaties van het bestek.

De verplichting die krachtens het nationale recht mogelijk rust op een aanbestedende dienst om de inschrijvers te verzoeken de vereiste verklaringen en documenten te verstrekken die zij niet hebben overgelegd binnen de termijn voor indiening van de inschrijvingen, of die verklaringen en documenten te verbeteren wanneer zij fouten bevatten, is slechts geoorloofd voor zover de aanvullingen die worden verstrekt op of de verbeteringen die worden aangebracht in de oorspronkelijke inschrijving niet tot gevolg hebben dat die inschrijving wezenlijk wordt gewijzigd.

Het staat aan de verwijzende rechter te beoordelen of in de omstandigheden van het hoofdgeding de omwisseling waartoe Archus en Gama zijn overgegaan, binnen de grenzen van de rechtzetting van een kennelijke fout in de inschrijving is gebleven. Bijgevolg moet op de eerste vraag worden geantwoord dat het in artikel 10 van richtlijn 2004/17 neergelegde beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers aldus moet worden uitgelegd dat het zich ertegen verzet dat de aanbestedende dienst een inschrijver in het kader van een procedure voor het plaatsen van een overheidsop-

dracht verzoekt de verklaringen of documenten over te leggen die volgens het bestek moesten worden verstrekt, maar die niet binnen de termijn voor het indienen van inschrijvingen zijn ingestuurd. Dat artikel staat er daarentegen niet aan in de weg dat de aanbestedende dienst een inschrijver verzoekt zijn inschrijving nader toe te lichten of een kennelijke materiële fout daarin te verbeteren, mits een dergelijk verzoek wordt gericht aan alle inschrijvers die in dezelfde situatie verkeren, alle inschrijvers gelijk en op loyale wijze worden behandeld en die nadere toelichting of verbetering niet kan worden gelijkgesteld met de indiening van een nieuwe inschrijving. Het is de taak van de verwijzende rechter om dat te verifiëren.

Tweede vraag

Omdat de verwijzende rechter met zijn tweede vraag een hypothetisch probleem opwerpt, moet de tweede vraag van de verwijzende rechter kennelijk niet-ontvankelijk worden verklaard.

Derde vraag

Met zijn derde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 1, lid 3, van richtlijn 92/13 aldus moet worden uitgelegd dat het begrip 'bepaalde opdracht' in de zin van die bepaling verwijst naar een bepaalde procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht of naar het voorwerp zelf van de opdracht die aan het einde van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht zal worden gegend, ingeval slechts twee inschrijvingen zijn ingediend en de inschrijver wiens offerte is afgewezen, kan worden geacht er belang bij te hebben dat ook de offerte van de andere inschrijver wordt afgewezen en dus dat een nieuwe aanbesteding wordt uitgeschreven. In het hoofdgeding hebben Archus en Gama beroep ingesteld tegen het besluit tot uitsluiting van hun inschrijving en tegen het besluit tot gunning van de opdracht, welke besluiten gelijktijdig zijn genomen, zodat zij niet kunnen worden aangemerkt als definitief uitgesloten van de procedure voor het plaatsen van de overheidsopdracht. In een dergelijke situatie kan het begrip 'bepaalde opdracht' in de zin van artikel 1, lid 3, van richtlijn 93/13 in voorkomend geval verwijzen naar de eventuele opening van een nieuwe procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht.

Uit het voorgaande volgt dat richtlijn 92/13 aldus moet worden uitgelegd dat in een situatie als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, waarin in een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht twee inschrijvingen zijn ingediend en de aanbestedende dienst twee simultane beslui-

ten heeft vastgesteld – een besluit tot afwijzing van de offerte van de ene inschrijver en een besluit tot gunning van de opdracht aan de andere –, de uitgesloten inschrijver, die beroep instelt tegen die twee besluiten, om uitsluiting van de inschrijving van de opdrachtnemer moet kunnen verzoeken, zodat het begrip 'bepaalde opdracht' in de zin van artikel 1, lid 3, van richtlijn 92/13 in voorkomend geval kan verwijzen naar de eventuele opening van een nieuwe procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht.

ARREST VAN HET HOF (Achtste kamer)

In zaak C 131/16, betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Krajowa Izba Odwoławcza (bijzondere rechter voor aanbestedingsgeschillen, Polen) bij beslissing van 19 februari 2016, ingekomen bij het Hof op 1 maart 2016, in de procedure
Archus sp. z o.o.,
Gama Jacek Lipik
tegen
Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A.,
in tegenwoordigheid van:
Digital-Center sp. z o.o.,

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 10 van 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) en van artikel 1, lid 3, van richtlijn 92/13/EG 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, blz. 14), 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 92/13”).

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen, enerzijds, Archus sp. z o.o. en Gama Jacek Lipik (hierna samen: „Archus en Gama”) en, anderzijds, Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. (Poolse aardolie en aardgasmaatschappij), over de besluiten van deze laatste tot

afwijzing van hun offerte in het kader van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht en tot aanvaarding van de offerte van Digital-Center sp. z o.o.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

3 Artikel 10 van richtlijn 2004/17 bepaalt:

„Aanbestedende diensten behandelen ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en handelen op doorzichtige wijze.”

4 Artikel 1, lid 3, van richtlijn 92/13 luidt:

„De lidstaten dragen er zorg voor dat beroepsprocedures, volgens modaliteiten die de lidstaten kunnen bepalen, 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 is of dreigt te worden geschaad.”

5 Artikel 2 bis, lid 2, derde alinea, van richtlijn 92/13 luidt als volgt:

„Gegadigden worden geacht bij de procedure betrokken te zijn indien de aanbestedende dienst geen informatie over de afwijzing van hun verzoek ter beschikking heeft gesteld voordat de betrokken inschrijvers in kennis werden gesteld van het besluit tot gunning van de opdracht.”

Poolse recht

6 Artikel 25 van de Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2015, volgnummer 2164) (wet van 29 januari 2004 op de overheidsopdrachten; hierna: „Pzp”) bepaalt:

„1. Tijdens de aanbestedingsprocedure mag de aanbestedende dienst van aanbieders uitsluitend de verklaringen en documenten verlangen die noodzakelijk zijn voor het plaatsvinden van de procedure. Verklaringen of documenten die bevestigen dat:

1) de voorwaarden voor deelname aan de aanbestedingsprocedure zijn vervuld, en
2) de aangeboden leveringen, diensten of werken voldoen aan de door de aanbestedende dienst gestelde eisen,
dienen door de aanbestedende dienst te worden vermeld in de aankondiging van de opdracht, het bestek of de uitnodiging tot het indienen van inschrijvingen.

2. De voorzitter van de ministerraad bepaalt bij verordening welke types documenten door de aanbestedende dienst van de aanbieder kunnen worden verlangd en in welke vorm de documenten kunnen worden ingediend. [...]”

7 Artikel 26 Pzp bepaalt in lid 3:

„De aanbestedende dienst verzoekt de aanbieders die niet binnen de gestelde termijn de in artikel 25, lid 1, vereiste verklaringen of documenten hebben overgelegd, geen volmachten hebben overgelegd of de in artikel 25, lid 1, vereiste verklaringen en documenten hebben overgelegd, terwijl die fouten bevatten, dan wel onregelmatige volmachten hebben overgelegd, om deze binnen een bepaalde termijn alsnog over te leggen, tenzij de inschrijving van de aanbieder desondanks zou worden afgewezen of de procedure nietig zou worden verklaard. De op verzoek van de aanbestedende dienst overgelegde verklaringen en documenten moeten aantonen dat de ondernemer uiterlijk op de dag waarop de termijn voor de indiening van het verzoek tot deelneming aan de procedure of de termijn voor de indiening van inschrijvingen verstrijkt, voldoet aan de voorwaarden voor deelneming aan de procedure en dat de leveringen, diensten en werken beantwoorden aan de door de aanbestedende dienst gestelde eisen.”

8 Artikel 46, lid 4a, Pzp luidt als volgt:

„De aanbestedende dienst restitueert de cautie en de rente niet wanneer de aanbieder, na het in artikel 26, lid 3, bedoelde verzoek te hebben ontvangen, de in artikel 25, lid 1, vermelde documenten of verklaringen, de volmachten, de in artikel 24, lid 2, punt 5, bedoelde lijst van tot dezelfde groep behorende ondernemingen, of inlichtingen waaruit blijkt dat hij geen deel uitmaakt van een groep, niet heeft overgelegd om redenen die hem toerekenbaar zijn, of wanneer hij het niet eens was met de verbetering van een fout in de zin van artikel 87, lid 2, punt 3, zodat zijn aanbieding niet als de gunstigste kon worden geselecteerd.”

9 Artikel 87 Pzp bepaalt:

„1. Tijdens de controle en de beoordeling van de inschrijvingen kunnen de aanbieders door de aanbestedende diensten worden verzocht de inhoud van de inschrijving te verduidelijken. Overleg tussen de aanbestedende dienst en de desbetreffende aanbieder is niet toegestaan; onverminderd de leden 1a en 2 van dit artikel mag de inhoud van de inschrijving niet worden gewijzigd. 1a. In een mededingingsdialoog kan de aanbestedende dienst tijdens de controle en de beoordeling van de inschrijvingen de aanbieders verzoeken om de inhoud van de inschrijving te preciseren en nader af te stemmen, alsook om bijkomende informatie te verschaffen; daarbij mag de inhoud

van de inschrijving niet wezenlijk worden veranderd, noch mogen er wijzigingen worden aangebracht met betrekking tot de eisen in het bestek. 2. De aanbestedende dienst verbetert in de inschrijving:

- 1) kennelijke schrijffouten,
- 2) kennelijke rekenfouten, met inachtneming van de rekenkundige gevolgen van de aangebrachte verbeteringen,
- 3) andere fouten waardoor de inschrijving niet klopt met het bestek, maar die geen wezenlijke veranderingen van de inhoud van de inschrijving tot gevolg hebben. De aanbieder wiens inschrijving wordt verbeterd, dient hiervan onverwijld op de hoogte te worden gesteld.”

10 Artikel 179, lid 1, Pzp luidt:

„De in deze afdeling genoemde rechtsmiddelen staan ter beschikking van aanbieders en mededingers alsook andere personen voor zover zij belang hebben of hadden bij de gunning van een bepaalde opdracht en ten gevolge van het feit dat de aanbestedende dienst in strijd met de bepalingen van deze wet heeft gehandeld, schade hebben geleden of kunnen lijden.”

11 Artikel 180 Pzp bepaalt in lid 1:

„Met een herzieningsverzoek kan uitsluitend een in het kader van de aanbestedingsprocedure in strijd met de wet gedane of nagelaten handeling van de aanbestedende dienst worden gewraakt.”

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

12 Op 3 juni 2015 heeft Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo in het *Publicatieblad van de Europese Unie* onder nummer 2015/S 105 191838 een aankondiging van niet-openbare aanbesteding bekendgemaakt voor diensten bestaande in het digitaliseren van de stukken van haar centraal geologisch archief en het opstellen van een elektronische versie daarvan om deze beschikbaar te maken in haar interne netwerk. Daarbij dienden de papieren archiefstukken te worden gescand, de gescande documenten digitaal te worden verwerkt en te worden opgeslagen op duurzame gegevensdragers die gewoonlijk in bepaalde digitale formaten en in de vorm van microfilms worden gebruikt.

13 Volgens punt 4.1 van het bestek dienden de inschrijvers bij hun offerte voor de te verrichten diensten twee documenten te voegen, namelijk ten eerste een gescande afdruk van een door de aanbestedende dienst opgesteld document, die op een duurzame drager moest worden opgeslagen en moest worden bewerkt volgens de in punt 4.1,

onder a), van het bestek opgenomen gedetailleerde beschrijving, en ten tweede een proef van een 35 mm microfilm met foto's van het resultaat van het werk, met het oog op een kwaliteitscontrole ingediend in A4 formaat alsook in A0 formaat, dat wil zeggen na 16 keer te zijn vergroot, samen met een beschrijving van de methode van het microfilmen en de in punt 4.1, onder b), van het bestek gepreciseerde technische parameters (hierna: „proef van een microfilm”).

14 De kwaliteit van het eerste document moest worden beoordeeld op basis van de ter evaluatie van de offertes opgestelde criteria. De kwaliteit van de proef van een microfilm diende daarentegen te worden beoordeeld volgens het beginsel „voldoet/voldoet niet”, dat wil zeggen dat de offerte, indien de proef niet voldeed, overeenkomstig artikel 89, lid 1, punt 2, Pzp diende te worden afgewezen.

15 Elke inschrijver diende voorts 20 000 Poolse zloty (PLN) te betalen ter zekerstelling van zijn inschrijving.

16 In het kader van de aanbesteding zijn twee offertes ingediend, namelijk één gezamenlijke offerte door Archus en Gama, en één door Digital-Center.

17 Op 15 oktober 2015 hebben Archus en Gama overeenkomstig artikel 87, lid 2, punt 3, Pzp bij de aanbestedende dienst een verzoek om verbetering van hun offerte ingediend. Daarbij diende de proef van een microfilm die bij de inschrijving was gevoegd, te worden omgewisseld, omdat zij, aldus Archus en Gama, per ongeluk was ingestuurd en niet voldeed aan de specificaties van het bestek.

18 Op 17 november 2015 heeft de aanbestedende dienst Archus en Gama in antwoord op hun verzoek laten weten dat hij de nieuwe proef van een microfilm overeenkomstig artikel 26, lid 3, Pzp beschouwde als een aanvulling van de ingediende documenten. Hij heeft er tegelijk op gewezen dat zij de volgens punt 4.1, onder b), van het bestek vereiste informatie over de methode van het microfilmen van de proef en de technische parameters niet hadden verstrekt, en heeft hun derhalve verzocht die informatie alsnog te verschaffen.

19 Na onderzoek van de twee door Archus en Gama ingediende proeven van een microfilm heeft de aanbestedende dienst hun inschrijving uiteindelijk afgewezen met als motivering dat zij niet voldeed aan punt 4.1, onder b), van het bestek, omdat het met behulp van die proeven niet moge-

lijk was een afdruk van een gemicrofilmd document te lezen in A0 formaat met een minimale resolutie van 200 dpi. Voorts was volgens de aanbestedende dienst de offerte van Digital-Center de gunstigste.

20 Archus en Gama hebben tegen de besluiten van de aanbestedende dienst tot afwijzing van hun offerte en tot aanvaarding van de offerte van Digital-Center beroep ingesteld bij de Krajowa Izba Odwoławcza (bijzondere rechter voor aanbestedingsgeschillen, Polen).

21 De verwijzende rechter zet in wezen uiteen dat de aanbestedende dienst overeenkomstig de nationale regeling betreffende overheidsopdrachten de inschrijvers kan verzoeken „documenten en verklaringen” alsook proeven van de in het kader van de aanbesteding te leveren producten over te leggen. Voorts moet de aanbestedende dienst de inschrijvers zo nodig verzoeken ontbrekende documenten alsnog in te dienen of documenten die fouten bevatten, aan te vullen, zodat zij voldoen aan de vereisten van het bestek, tenzij wanneer de inschrijving om andere redenen moet worden afgewezen of wanneer de procedure nietig moet worden verklaard.

22 De verwijzende rechter vraagt zich allereerst af of de aan de aanbestedende dienst opgelegde verplichting om, zoals in het hoofdgeding, een inschrijver te verzoeken een document aan te vullen waarvan overlegging wordt voorgeschreven door het bestek of om een nieuwe proef in te dienen die beantwoordt aan de vereisten van datzelfde bestek, rechtmatig is voor zover dat de betrokken inschrijver ertoe kan brengen de inhoud van zijn inschrijving te wijzigen, wat volgens hem ten koste gaat van de transparantie van de aanbestedingsprocedure. De verwijzende rechter zet voorts vraagtekens bij de rechtmatigheid van het niet-teruggeven van de door de inschrijver betaalde cautie wanneer die geen gevolg geeft aan het verzoek van de aanbestedende dienst om aanvulling van een dergelijk document. Hij vraagt zich ten slotte af welk rechtsbelang Archus en Gama erbij hebben dat de inschrijving van Digital-Center nietig wordt verklaard.

23 Daarop heeft de Krajowa Izba Odwoławcza de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Moet artikel 10 van [richtlijn 2004/17] aldus worden uitgelegd dat de aanbestedende dienst verplicht kan zijn de aanbieders die niet binnen

de voorgeschreven termijn (dat wil zeggen de termijn voor indiening van de inschrijvingen) de door de aanbieder dienst verlangde ‚verklaringen of documenten’ hebben ingediend, die bevestigen dat de aangeboden leveringen, diensten of werken voldoen aan de door de aanbestedende dienst gestelde eisen (waarbij het begrip ‚verklaringen of documenten’ ook proeven van het voorwerp van de opdracht omvat), of die de verlangde ‚verklaringen of documenten’ hebben ingediend terwijl deze fouten bevatten, te verzoeken de ontbrekende respectievelijk verbeterde ‚verklaringen of documenten’ (proeven) binnen een vastgestelde, aanvullende termijn in te dienen zonder dat een verbod wordt ingesteld op grond waarvan de aangevulde ‚verklaringen of documenten’ (proeven) de inhoud van de inschrijving niet mogen wijzigen?

2) Moet artikel 10 van [richtlijn 2004/17] aldus worden uitgelegd dat de aanbestedende dienst de cautie van de aanbieder mag houden wanneer deze, nadat hem door de aanbestedende dienst om aanvulling was verzocht, geen ‚verklaringen of documenten’ (proeven) heeft ingediend die bevestigen dat de aangeboden leveringen, diensten of werken voldoen aan de door de aanbestedende dienst gestelde eisen, indien een dergelijke aanvulling zou leiden tot wijziging van de inhoud van de inschrijving of de aanbieder het niet eens was met de door de aanbieder dienst aangebrachte verbetering in de inschrijving, met als gevolg dat de inschrijving van de aanbieder niet als gunstigste inschrijving kon worden geselecteerd?

3) Moet artikel 1, lid 3, van [richtlijn 92/13] in die zin worden uitgelegd dat onder een ‚bepaalde opdracht’, waarvan in die bepaling sprake is in het tekstfragment, belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde opdracht’, een ‚bepaalde procedure die is doorlopen voor de gunning van een overheidsopdracht’ (hier: bekendgemaakt bij kennisgeving van 3 juni 2015) moet worden begrepen, of dat daarmee een ‚bepaald voorwerp van de opdracht’ (hier: de dienst om stukken uit het archief van de aanbestedende dienst te digitaliseren) wordt bedoeld, ongeacht of door rekening te houden met het herzieningsverzoek de aanbestedende dienst verplicht zal zijn de lopende procedure tot gunning van een overheidsopdracht nietig te verklaren en eventueel een nieuwe procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht te openen?”

Eerste vraag

24 Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of het in artikel 10 van richtlijn 2004/17 neergelegde beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers aldus moet worden uitgelegd dat het zich ertegen verzet dat een aanbestedende dienst de inschrijvers in het kader van een aanbesteding verzoekt om overlegging van de vereiste verklaringen of documenten die niet zijn ingestuurd binnen de termijn voor het indienen van inschrijvingen, of om verbetering van verklaringen of documenten die fouten bevatten, zonder dat op die aanbestedende dienst de verplichting rust om de inschrijvers erop te wijzen dat de inhoud van de ingediende inschrijvingen niet mag worden gewijzigd.

25 In dat verband moet om te beginnen in herinnering worden gebracht dat de verplichting voor de aanbestedende dienst om het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers te eerbiedigen, dat tot doel heeft de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging tussen de aan een overheidsopdracht deelnemende ondernemingen te bevorderen (zie met name arresten van 29 april 2004, Commissie/CAS Succhi di Frutta, C 496/99 P, EU:C:2004:236, punt 110, en 12 maart 2015, eVigilo, C 538/13, EU:C:2015:166, punt 33), en dat de essentie van de Uniebepalingen betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten vormt (zie met name arresten van 22 juni 1993, Commissie/Denemarken, C 243/89, EU:C:1993:257, punt 33; 25 april 1996, Commissie/België, C 87/94, EU:C:1996:161, punt 51, en 18 oktober 2001, SIAC Construction, C 19/00, EU:C:2001:553, punt 33), met name betekent dat de inschrijvers zich in een gelijke positie moeten bevinden, zowel in de fase waarin zij hun offertes voorbereiden als bij de beoordeling ervan door de aanbestedende dienst (zie arresten van 16 december 2008, Michaniki, C 213/07, EU:C:2008:731, punt 45, en 24 mei 2016, MT Højgaard en Züblin, C 396/14, EU:C:2016:347, punt 37).

26 Datzelfde beginsel verlangt in het bijzonder dat alle inschrijvers bij het opstellen van het in hun inschrijvingen gedane voorstel dezelfde kansen krijgen en impliceert derhalve dat voor deze inschrijvingen voor alle mededingers dezelfde voorwaarden moeten gelden (arresten van 25 april 1996, Commissie/België, C 87/94, EU:C:1996:161, punt 54; 12 december 2002, Universale-Bau e.a., C 470/99, EU:C:2002:746, punt 93, en 12 maart 2015, eVigilo, C 538/13, EU:C:2015:166, punt 33).

27 Het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieplichting verzetten zich verder tegen elke onderhandeling tussen de aanbestedende dienst en een inschrijver in het kader van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht, hetgeen betekent dat een inschrijving na de indiening ervan in beginsel niet mag worden aangepast op initiatief van de aanbestedende dienst of van de inschrijver (zie in die zin arresten van 29 maart 2012, SAG ELV Slovensko e.a., C 599/10, EU:C:2012:191, punt 36, en 10 oktober 2013, Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, punt 31).

28 Indien het een aanbestedende dienst zou zijn toegestaan een gegadigde om precisering te verzoeken van een inschrijving die hij onnauwkeurig of niet in overeenstemming met de technische specificaties van het bestek acht, zou dit immers het risico opleveren dat het zou lijken alsof de aanbestedende dienst, ingeval de inschrijving van die gegadigde uiteindelijk zou worden gekozen, over deze inschrijving heimelijk heeft onderhandeld, ten nadele van de andere gegadigden en in strijd met het beginsel van gelijke behandeling (arrest van 29 maart 2012, SAG ELV Slovensko e.a., C 599/10, EU:C:2012:191, punt 37).

29 Het Hof heeft evenwel ook al geoordeeld dat het beginsel van gelijke behandeling zich er niet tegen verzet dat een inschrijving gericht wordt verbeterd of aangevuld, wanneer die klaarblijkelijk precisering behoeft, of om kennelijke materiële fouten recht te zetten, mits aan een aantal voorwaarden is voldaan [zie in die zin met betrekking tot niet-openbare aanbestedingen binnen de werkingssfeer van 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), arresten van 29 maart 2012, SAG ELV Slovensko e.a., C 599/10, EU:C:2012:191, punten 35-45, wat de fase van beoordeling van de offertes betreft, en 10 oktober 2013, Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, punten 30-39, wat de fase van preselectie van de inschrijvers betreft].

30 Allereerst moet een verzoek om nadere toelichting bij een inschrijving, dat pas mag worden gedaan nadat de aanbestedende dienst kennis heeft genomen van alle inschrijvingen, in beginsel op vergelijkbare manier worden gericht aan alle inschrijvers die in dezelfde situatie verkeren en moet het alle punten van de inschrijving behandelen

die precisering behoeven (zie arresten van 29 maart 2012, SAG ELV Slovensko e.a., C 599/10, EU:C:2012:191, punten 42-44, en 10 oktober 2013, Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, punten 34 en 35).

31 Bovendien mag dat verzoek er niet toe leiden dat een betrokken inschrijver in werkelijkheid een nieuwe inschrijving voorstelt (zie arresten van 29 maart 2012, SAG ELV Slovensko e.a., C 599/10, EU:C:2012:191, punt 40, en 10 oktober 2013, Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, punt 36).

32 Ten slotte en in het algemeen moet de aanbestedende dienst in de uitoefening van zijn beoordelingsbevoegdheid wat de mogelijkheid betreft om de gegadigden te verzoeken hun inschrijving nader toe te lichten, de gegadigden gelijk en op loyale wijze behandelen, zodat een verzoek om toelichting aan het einde van de selectieprocedure van de inschrijvingen en in het licht van de uitkomst daarvan niet overkomt als ten onrechte in het voordeel of nadeel van de gegadigde of gegadigden aan wie dit verzoek was gericht (zie arresten van 29 maart 2012, SAG ELV Slovensko e.a., C 599/10, EU:C:2012:191, punt 41, en 10 oktober 2013, Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, punt 37).

33 Een verzoek om precisering kan evenwel niet het ontbreken verhelpen van een stuk dat of van informatie die volgens de aanbestedingsstukken verplicht diende te worden verstrekt, aangezien de aanbestedende dienst de door hemzelf vastgestelde criteria nauwgezet in acht dient te nemen (zie in die zin arrest van 10 oktober 2013, Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, punt 40).

34 In het onderhavige geval heeft de verwijzende rechter in zijn verzoek om een prejudiciële beslissing uiteengezet dat de inschrijvers bij hun offerte proeven van gedigitaliseerde archiefstukken dienden te voegen, die moesten worden opgesteld volgens de beschrijving in punt 4.1 van het bestek, en dat zij dienden te vermelden welke digitaliseringsmethode was toegepast en wat de kwaliteit van de digitalisering was.

35 In de omstandigheden van het hoofdgeding zijn het Archus en Gama die, in hun hoedanigheid van inschrijver, op basis van artikel 87, lid 2, punt 3, Pzp bij de aanbestedende dienst een verzoek om verbetering van hun offerte hebben ingediend teneinde de proef van een microfilm die bij hun inschrijving was gevoegd te vervangen door een nieuwe proef, omdat de eerste niet beantwoordde aan de specificaties van het bestek.

36 Volgens de in punt 29 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak kan een verzoek om verstrekking van de vereiste verklaringen en documenten dat de aanbestedende dienst richt aan een inschrijver, er enkel toe dienen deze laatste in de gelegenheid te stellen om zijn inschrijving nader toe te lichten of om een kennelijke fout in die inschrijving recht te zetten. In het kader van dat verzoek is het een inschrijver dus niet algemeen toegestaan om de verklaringen en documenten in te dienen die volgens het bestek verplicht dienden te worden verstrekt, maar niet binnen de termijn voor indiening van de inschrijvingen zijn overgelegd. Overeenkomstig de in punt 31 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak mag dat verzoek er evenmin toe leiden dat een inschrijver documenten indient die dusdanige wijzigingen bevatten dat het eigenlijk om een nieuwe offerte gaat.

37 Hoe dan ook is de verplichting die krachtens het nationale recht mogelijk rust op een aanbestedende dienst om de inschrijvers te verzoeken de vereiste verklaringen en documenten te verstrekken die zij niet hebben overgelegd binnen de termijn voor indiening van de inschrijvingen, of die verklaringen en documenten te verbeteren wanneer zij fouten bevatten, slechts geoorloofd voor zover de aanvullingen die worden verstrekt op of de verbeteringen die worden aangebracht in de oorspronkelijke inschrijving niet tot gevolg hebben dat die inschrijving wezenlijk wordt gewijzigd. Blijkens punt 40 van het arrest van 29 maart 2012, SAG ELV Slovensko e.a. (C 599/10, EU:C:2012:191), kan de oorspronkelijke inschrijving immers slechts in uitzonderlijke gevallen worden verbeterd om kennelijke materiële fouten recht te zetten en mits die wijziging er niet toe leidt dat in werkelijkheid een nieuwe inschrijving wordt voorgesteld.

38 Het staat aan de verwijzende rechter te beoordelen of in de omstandigheden van het hoofdgeding de omwisseling waartoe Archus en Gama zijn overgegaan, binnen de grenzen van de rechtzetting van een kennelijke fout in de inschrijving is gebleven.

39 Bijgevolg moet op de eerste vraag worden geantwoord dat het in artikel 10 van richtlijn 2004/17 neergelegde beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers aldus moet worden uitgelegd dat het zich ertegen verzet dat de aanbestedende dienst een inschrijver in het kader van een procedure voor het plaatsen van een overheidsop-

dracht verzoekt de verklaringen of documenten over te leggen die volgens het bestek moesten worden verstrekt, maar die niet binnen de termijn voor het indienen van inschrijvingen zijn ingestuurd. Dat artikel staat er daarentegen niet aan in de weg dat de aanbestedende dienst een inschrijver verzoekt zijn inschrijving nader toe te lichten of een kennelijke materiële fout daarin te verbeteren, mits een dergelijk verzoek wordt gericht aan alle inschrijvers die in dezelfde situatie verkeren, alle inschrijvers gelijk en op loyale wijze worden behandeld en die nadere toelichting of verbetering niet kan worden gelijkgesteld met de indiening van een nieuwe inschrijving. Het is de taak van de verwijzende rechter om dat te verifiëren.

Tweede vraag

40 Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 10 van richtlijn 2004/17 aldus moet worden uitgelegd dat het zich er niet tegen verzet dat de aanbestedende dienst in omstandigheden als die van het hoofdgeding de cautie die in het kader van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht door een inschrijver is gestort, niet terugbetaalt wanneer die inschrijver niet de documenten heeft verstrekt die bevestigen dat zijn inschrijving voldoet aan de door de aanbestedende dienst in het bestek gestelde eisen omdat dat zou hebben geleid tot wijziging van de inhoud van zijn inschrijving, of wanneer hij niet met verbetering van zijn inschrijving door de aanbestedende dienst heeft ingestemd, zodat zijn inschrijving niet kon worden geselecteerd.

41 Volgens vaste rechtspraak is de procedure van artikel 267 VWEU een instrument voor samenwerking tussen het Hof en de nationale rechterlijke instanties, waarbij het Hof die instanties de uitleggingsgegevens met betrekking tot het Unierecht verschaft die zij voor de beslechting van de hun voorgelegde geschillen nodig hebben (zie met name arresten van 12 juni 2003, Schmidberger, C 112/00, EU:C:2003:333, punt 30; 15 september 2011, Unió de Pagesos de Catalunya, C 197/10, EU:C:2011:590, punt 16, en 19 juni 2012, Chartered Institute of Patent Attorneys, C 307/10, EU:C:2012:361, punt 31).

42 In het kader van die samenwerking rust er een vermoeden van relevantie op de vragen betreffende het Unierecht. Het Hof kan een verzoek van de nationale rechter slechts afwijzen wanneer de verlangde uitlegging van het Unierecht duidelijk geen verband houdt met een reëel geschil of met

het voorwerp van het hoofdgeding, wanneer het probleem hypothetisch is of het Hof niet beschikt over de feitelijke en juridische gegevens die het nodig heeft om een nuttig antwoord op de gestelde vragen te kunnen geven (zie met name arresten van 21 januari 2003, Bacardi-Martini en Cellier des Dauphins, C 318/00, EU:C:2003:41, punt 43; 15 september 2011, Unió de Pagesos de Catalunya, C 197/10, EU:C:2011:590, punt 17, en 19 juni 2012, Chartered Institute of Patent Attorneys, C 307/10, EU:C:2012:361, punt 32).

43 De taak die in het kader van de prejudiciële procedure aan het Hof is opgedragen, is immers om bij te dragen aan de rechtsbedeling in de lidstaten en niet om adviezen over algemene of hypothetische vragen te geven (zie met name arresten van 12 juni 2003, Schmidberger, C 112/00, EU:C:2003:333, punt 32, en 15 september 2011, Unió de Pagesos de Catalunya, C 197/10, EU:C:2011:590, punt 18).

44 Zoals uit de verwijzingsbeslissing blijkt, beantwoorden de omstandigheden van het hoofdgeding kennelijk aan geen van de beide situaties die de verwijzende rechter in zijn tweede vraag noemt.

45 Uit het onderzoek van de eerste vraag volgt namelijk dat het hoofdgeding voornamelijk betrekking heeft op de vraag of de aanbestedende dienst zonder voorbijaan aan het in artikel 10 van richtlijn 2004/17 neergelegde beginsel van gelijke behandeling een inschrijver kan toestaan om na indiening van zijn inschrijving een document dat volgens het bestek moest worden overgelegd – in casu een proef van een microfilm –, om te wisselen omdat die proef zogezegd per vergissing was ingezonden. Uit de verwijzingsbeslissing blijkt geenszins dat Archus en Gama hebben verzuimd documenten in te dienen die volgens het bestek moesten worden verstrekt, of hebben geweigerd ermee in te stemmen dat de aanbestedende dienst hun inschrijving zou verbeteren. Bijgevolg moet worden vastgesteld dat de verwijzende rechter met zijn tweede vraag een hypothetisch probleem opwerpt.

46 De tweede vraag van de verwijzende rechter moet dan ook kennelijk niet-ontvankelijk worden verklaard.

Derde vraag

47 Met zijn derde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 1, lid 3, van richtlijn 92/13 aldus moet worden uitgelegd dat het begrip „bepaalde opdracht” in de zin van die bepaling verwijst naar een bepaalde procedure

voor het plaatsen van een overheidsopdracht of naar het voorwerp zelf van de opdracht die aan het einde van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht zal worden gegund, ingeval slechts twee inschrijvingen zijn ingediend en de inschrijver wiens offerte is afgewezen, kan worden geacht er belang bij te hebben dat ook de offerte van de andere inschrijver wordt afgewezen en dus dat een nieuwe aanbesteding wordt uitgeschreven.

48 De verwijzende rechter heeft dienaangaande gepreciseerd dat de aanbieder die in het kader van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht een inschrijving heeft ingediend en die zijn inschrijving afgewezen ziet, er geen belang bij heeft het besluit tot gunning van de overheidsopdracht aan te vechten. Een inschrijver als Archus en Gama heeft er bijgevolg beslist belang bij op te komen tegen een besluit tot afwijzing van zijn inschrijving aangezien in dat geval de kans bestaat dat de opdracht hem alsnog wordt gegund, maar heeft daarentegen geen enkel belang meer bij het verdere verloop van de aanbestedingsprocedure wanneer zijn inschrijving definitief is afgewezen, althans in het geval dat meerdere inschrijvingen zijn ingediend en geselecteerd.

49 In die context vraagt de verwijzende rechter zich af of het begrip „bepaalde opdracht” in de zin van artikel 1, lid 3, van richtlijn 92/13 doelt op de eventuele opening van een nieuwe procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht.

50 Dienaangaande moet in herinnering worden geroepen dat volgens artikel 1, lid 3, van richtlijn 92/13 de lidstaten er zorg voor dragen dat beroepsprocedures, volgens modaliteiten die zij kunnen bepalen, 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 is of dreigt te worden geschaad.

51 Toen het Hof werd verzocht om uitlegging van de overeenkomstige bepalingen van artikel 1, lid 3, 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), oordeelde het al dat de inschrijvers in het kader van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht een legi-

tiem gelijkwaardig belang hebben bij de uitsluiting van de inschrijving van de anderen teneinde de opdracht binnen te halen (zie in die zin arresten van 4 juli 2013, *Fastweb*, C 100/12, EU:C:2013:448, punt 33; 5 april 2016, *PFE*, C 689/13, EU:C:2016:199, punt 27, en 21 december 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich*, C 355/15, EU:C:2016:988, punt 29), ongeacht het aantal deelnemers aan de procedure en het aantal deelnemers dat een beroep heeft ingesteld (zie in die zin arrest van 5 april 2016, *PFE*, C 689/13, EU:C:2016:199, punt 29).

52 Ten eerste kan de uitsluiting van een inschrijver er immers toe leiden dat de opdracht direct aan een andere inschrijver wordt gegund in het kader van dezelfde procedure. Ten tweede kan, ingeval alle inschrijvers worden uitgesloten en er een nieuwe procedure voor het plaatsen van de overheidsopdracht wordt geopend, elk van de inschrijvers opnieuw deelnemen en aldus indirect de opdracht toebedeeld krijgen (zie arrest van 5 april 2016, *PFE*, C 689/13, EU:C:2016:199, punt 27).

53 Het in de rechtspraak, met name de arresten van 4 juli 2013, *Fastweb* (C 100/12, EU:C:2013:448), en 5 april 2016, *PFE* (C 689/13, EU:C:2016:199), geformuleerde beginsel is van toepassing op de situatie die in het hoofdgeding aan de orde is.

54 De verwijzende rechter neemt in verband met een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht waarin twee inschrijvingen zijn ingediend en de aanbestedende dienst twee simultane besluiten heeft vastgesteld – een besluit tot afwijzing van de offerte van de ene inschrijver en een besluit tot gunning van de opdracht aan de andere – immers kennis van het beroep dat door de uitgesloten inschrijver tegen die twee besluiten is ingesteld. In het kader van dat beroep stelt de uitgesloten inschrijver dat de inschrijving van de opdrachtnemer op haar beurt moet worden uitgesloten omdat zij niet voldoet aan de specificaties van het bestek.

55 In een dergelijke situatie heeft de inschrijver die beroep heeft ingesteld er een legitiem belang bij dat de inschrijving van de opdrachtnemer wordt uitgesloten, wat mogelijk tot de vaststelling leidt dat de aanbestedende dienst geen regelmatige inschrijving kan selecteren (zie in die zin arresten

van 4 juli 2013, *Fastweb*, C 100/12, EU:C:2013:448, punt 33, en 5 april 2016, *PFE*, C 689/13, EU:C:2016:199, punt 24).

56 Die uitlegging vindt bevestiging in de leden 1 en 2 van artikel 2 bis van richtlijn 92/13, die voor inschrijvers die niet definitief zijn uitgesloten, uitdrukkelijk voorzien in een recht van beroep, met name tegen besluiten van de aanbestedende diensten tot gunning van de opdracht.

57 Het is juist dat het Hof in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 21 december 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich* (C 355/15, EU:C:2016:988, punten 13, 16, 31 en 36), heeft geoordeeld dat een inschrijver van wie de inschrijving door de aanbestedende dienst van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht was uitgesloten, het recht kon worden ontzegd om beroep in te stellen tegen het besluit tot gunning van de overheidsopdracht. In die zaak was het besluit tot uitsluiting van die inschrijver echter bevestigd door een besluit dat kracht van gewijsde had verkregen vóór de rechter bij wie beroep was ingesteld tegen het besluit tot gunning van de opdracht, uitspraak deed, zodat die inschrijver te beschouwen was als een van de betrokken aanbestedingsprocedure definitief uitgesloten inschrijver.

58 In het hoofdgeding hebben Archus en Gama daarentegen beroep ingesteld tegen het besluit tot uitsluiting van hun inschrijving en tegen het besluit tot gunning van de opdracht, welke besluiten gelijktijdig zijn genomen, zodat zij niet kunnen worden aangemerkt als definitief uitgesloten van de procedure voor het plaatsen van de overheidsopdracht. In een dergelijke situatie kan het begrip „bepaalde opdracht” in de zin van artikel 1, lid 3, van richtlijn 93/13 in voorkomend geval verwijzen naar de eventuele opening van een nieuwe procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht.

59 Uit het voorgaande volgt dat richtlijn 92/13 aldus moet worden uitgelegd dat in een situatie als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, waarin in een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht twee inschrijvingen zijn ingediend en de aanbestedende dienst twee simultane besluiten heeft vastgesteld – een besluit tot afwijzing van de offerte van de ene inschrijver en een besluit tot gunning van de opdracht aan de andere –, de uitgesloten inschrijver, die beroep instelt tegen die twee besluiten, om uitsluiting van

de inschrijving van de opdrachtnemer moet kunnen verzoeken, zodat het begrip „bepaalde opdracht” in de zin van artikel 1, lid 3, van richtlijn 92/13 in voorkomend geval kan verwijzen naar de eventuele opening van een nieuwe procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht.

Kosten

60 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 (Achtste kamer) verklaart voor recht:

1) Het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers dat is neergelegd in artikel 10 van 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 moet aldus worden uitgelegd dat het zich ertegen verzet dat de aanbestedende dienst een inschrijver in het kader van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht verzoekt de verklaringen of documenten over te leggen die volgens het bestek moesten worden verstrekt, maar die niet binnen de termijn voor het indienen van inschrijvingen zijn ingestuurd. Dat artikel staat er daarentegen niet aan in de weg dat de aanbestedende dienst een inschrijver verzoekt zijn inschrijving nader toe te lichten of een kennelijke materiële fout daarin te verbeteren, mits een dergelijk verzoek wordt gericht aan alle inschrijvers die in dezelfde situatie verkeren, alle inschrijvers gelijk en op loyale wijze worden behandeld en die nadere toelichting of verbetering niet kan worden gelijkgesteld met de indiening van een nieuwe inschrijving. Het is de taak van de verwijzende rechter om dat te verifiëren.

2) Richtlijn 92/13/EG 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, zoals gewijzigd bij richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007, moet aldus worden uitgelegd dat,

in een situatie als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, waarin in een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht twee inschrijvingen zijn ingediend en de aanbestedende dienst twee simultane besluiten heeft vastgesteld – een besluit tot afwijzing van de offerte van de ene inschrijver en een besluit tot gunning van de opdracht aan de andere –, de uitgesloten inschrijver, die beroep instelt tegen die twee besluiten, om uitsluiting van de inschrijving van de opdrachtnemer moet kunnen verzoeken, zodat het begrip „bepaalde opdracht” in de zin van artikel 1, lid 3, van richtlijn 92/13, zoals gewijzigd bij richtlijn 2007/66, in voorkomend geval kan verwijzen naar de eventuele opening van een nieuwe procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht.

142

Hof van Justitie EU

8 juni 2017, zaak C-296/15, ECLI:EU:C:2017:431
(mr. Bay Larsen, mr. Vilaras, mr. Malenovský,
mr. Safjan, mr. Šváby)

Vrij verkeer Europese Unie. Beginsel van prioritaire bevoorrading. Vereiste van nationale oorsprong. Vrij verkeer van diensten. Gelijksheidsbeginsel.

[Richtlijn 2004/18/EG art. 2, 23; Richtlijn 2001/83/EG art. 110; Richtlijn 2002/98/EG art. 4; VWEU art. 34, 36]

Met de gestelde prejudiciële vraag wenst de nationale commissie voor herziening van de procedures inzake de gunning van overheidsopdrachten van Slovenië te vernemen of artikel 2 en artikel 23 lid 2 en 8 Richtlijn 2004/18, alsmede artikel 34 VWEU, gelezen in samenhang met artikel 36 VWEU, aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een clause in het bestek van een overheidsopdracht die, overeenkomstig de wetgeving van de lidstaat waaronder de aanbestedende dienst valt, vereist dat uit plasma bereide geneesmiddelen, die voorwerp van de overheidsopdracht in kwestie zijn, vervaardigd zijn op basis van plasma dat in die lidstaat is ingezameld.

Vastgesteld moet worden dat het vereiste van nationale oorsprong in de onderhavige zaak intrinsiek discriminatoir is. De verplichting om zich prioritair met uit Sloveens plasma bereide geneesmiddelen te bevoorraden belet immers iedere onderneming

die beschikt over geneesmiddelen die zijn bereid uit plasma dat in een andere lidstaat van de Unie is ingezameld, om dienstig in te schrijven op een aanbesteding als door het ziekenhuis uitgeschreven. Wat Richtlijn 2004/18 betreft, volstaat daarom de vaststelling dat artikel 2 daarvan niet in acht is genomen. Dit verlangt met name van de aanbestedende dienst dat hij ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze behandelt en transparantie in zijn handelen betracht.

Rechtvaardiging van de belemmering van het vrije verkeer van goederen

Om te bepalen of een clause in het bestek van een overheidsopdracht met daarin een vereiste van nationale oorsprong van uit plasma bereide geneesmiddelen, zoals dat aan de orde is in het hoofdgeding, een verboden beperking in de zin van artikel 34 VWEU vormt, moet worden onderzocht of zij kan worden gerechtvaardigd op grond van de bescherming van de volksgezondheid, zoals de Sloveense regering en de Commissie te kennen hebben gegeven.

De aanbestedende dienst in het hoofdgeding is gebonden aan twee potentieel tegenstrijdige vereisten. Hij moet namelijk artikel 6 van de geneesmiddelenwet naleven, waarin de beginselen van prioritaire bevoorrading en nationale zelfvoorziening zijn vastgelegd, welk laatste vereiste uit artikel 2 van de wet op de bloedbevoorrading voortvloeit. Tegelijkertijd moet deze aanbestedende dienst overeenkomstig artikel 2 van richtlijn 2004/18 de gelijke toegang tot overheidsopdrachten eerbiedigen en bijgevolg waarborgen dat ondernemers die over uit plasma bereide geneesmiddelen beschikken, niet-discriminatoire worden behandeld.

Eerst moet worden nagegaan of het vereiste van nationale oorsprong dat in het hoofdgeding aan de orde is, een legitiem doel nastreeft.

Volgens de Sloveense regering is dit vereiste van nationale oorsprong bedoeld om vrijwillige, onbetaalde bloeddonaties te stimuleren en om te verzekeren dat het beginsel van nationale zelfvoorziening wordt geëerbiedigd. Volgens deze regering hebben de strenge eisen die vrijwillige, onbetaalde bloeddonaties omgeven, een zeer belangrijke weerslag op de hoeveelheid menselijk bloed en bloedbestanddelen die wordt ingezameld, hetgeen dan weer een invloed heeft op de zelfvoorziening in de bevoorrading met bloed en dus ook de bevoorrading met bloedbestanddelen.

Het feit dat vrijwillige, onbetaalde bloeddonaties worden gestimuleerd, komt tegemoet aan overwegingen van volksgezondheid, als bedoeld in artikel

36 VWEU. Derhalve kan deze doelstelling in beginsel een belemmering van het vrije verkeer van goederen rechtvaardigen.

De tweede doelstelling die de Sloveense regering naar voren heeft geschoven, bestaat erin het beginsel van nationale zelfvoorziening te eerbiedigen. Nagegaan moet worden of een nationale wettelijke regeling als die in het hoofdgeding, die dergelijke doelstellingen nastreeft, bijdraagt tot de bevordering van de zelfvoorziening in menselijk bloed en plasma van de Unie, als bedoeld in artikel 110 Richtlijn 2001/83.

Aangezien de doelstelling om voor zelfvoorziening van de Unie op het gebied van de bevoorrading met bloedproducten te zorgen, past in het streven om de volksgezondheid te beschermen, moet de draagwijdte ervan ruim worden opgevat. Bijgevolg streeft een nationale wettelijke regeling als die in het hoofdgeding legitieme doelstellingen inzake de bescherming van de volksgezondheid na.

Vervolgens moet de evenredigheid van een dergelijke wettelijke regeling voor het bereiken van die doelstelling inzake de bescherming van de volksgezondheid worden onderzocht.

Artikel 36 VWEU is een – strikt uit te leggen – uitzondering op de regel van het vrije verkeer van goederen binnen de Unie, zodat een nationale regeling noodzakelijk moet zijn ter verwezenlijking van het gestelde doel, welk doel niet mag kunnen worden bereikt door verbodsbepalingen of beperkingen die minder ver gaan of die de handel binnen de Unie minder beperken.

In dat verband blijkt uit geen van de aan het Hof ter beschikking staande gegevens dat de conclusie kan worden getrokken dat het beginsel van prioritaire bevoorrading met geneesmiddelen die industrieel zijn vervaardigd op basis van Sloveens plasma dat binnen Sloveense ziekenhuizen wordt afgenomen, er op beslissende wijze toe bijdraagt dat de Sloveense bevolking ertoe wordt gestimuleerd om vrijwillig en onbetaald zijn bloed af te staan.

Een systeem van prioritaire bevoorrading met industrieel vervaardigde geneesmiddelen op basis van Sloveens plasma, zoals dat in het hoofdgeding, kan niet worden geacht onmisbaar te zijn ter voorkoming van een stijging van de kosten van uit plasma bereide geneesmiddelen, aangezien alle geneesmiddelen die industrieel op basis van plasma zijn vervaardigd, of dit nu in Slovenië of een andere lidstaat is, dezelfde basis voor de vaststelling van de prijzen van deze geneesmiddelen hebben, namelijk vrijwillige, onbetaalde bloeddonaties. Gelet op een en ander moet worden geoordeeld dat een beperking zoals die die voortvloeit uit de nationale regeling die in het hoofdgeding aan de

orde is, niet geschikt is om de aangevoerde doelstellingen te bereiken, en dus niet kan worden geacht te zijn gerechtvaardigd door de verwezenlijking daarvan.

Conclusie

Artikel 2 en artikel 23 lid 2 en 8 Richtlijn 2004/18, alsmede artikel 34 VWEU, gelezen in samenhang met artikel 36 VWEU, moeten aldus worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een clause in het bestek van een overheidsopdracht die, overeenkomstig de wetgeving van de lidstaat waaronder de aanbestedende dienst valt, vereist dat uit plasma bereide geneesmiddelen, die voorwerp van de overheidsopdracht in kwestie zijn, vervaardigd zijn op basis van plasma dat in die lidstaat is ingezameld.

ARREST VAN HET HOF (Derde kamer)

In zaak C 296/15,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (nationale commissie voor herziening van de procedures inzake de gunning van overheidsopdrachten, Slovenië) bij beslissing van 14 mei 2015, ingekomen bij het Hof op 18 juni 2015, in de procedure

Medisanus d.o.o.

tegen

Splošna Bolnišnica Murska Sobota,

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 2 en artikel 23, leden 2 en 8, van 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, met rectificatie in PB 2004, L 351, blz. 44), gelezen in samenhang met artikel 83 van richtlijn 2001/83/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 november 2001 tot vaststelling van een communautair wetboek betreffende geneesmiddelen voor menselijk gebruik (PB 2001, L 311, blz. 67), zoals gewijzigd bij richtlijn 2002/98/EG van het Europees Parlement en de Raad van 27 januari 2003 (PB 2003, L 33, blz. 30) (hierna: „richtlijn 2001/83”), van artikel 4, lid 2, van richtlijn 2002/98 en van artikel 18 VWEU.

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding Medisanus d.o.o. en het Splošna Bolnišnica Murska Sobota (algemeen ziekenhuis van Murska Sobota, Slovenië; hierna: „ziekenhuis”) over de regelmatigheid van een clause in het bestek betreffende een door laatstgenoemde ingeleide procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de levering van geneesmiddelen.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

Richtlijn 2004/18

3 Richtlijn 2004/18, die *ratione temporis* op het hoofdgeding van toepassing is, is met ingang van 18 april 2016 ingetrokken bij richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten (PB 2014, L 94, blz. 65). In artikel 1, lid 2, onder a), van richtlijn 2004/18 waren overheidsopdrachten gedefinieerd als „schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten zijn gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten in de zin van deze richtlijn”.

4 Artikel 2 van deze richtlijn, met het opschrift „Beginselen van het plaatsen van overheidsopdrachten”, bepaalde dat aanbestedende diensten ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze behandelen en transparantie in hun handelen betrachten.

5 In artikel 23 van genoemde richtlijn was het volgende opgenomen:

„[...]”

2. De technische specificaties moeten de inschrijvers gelijke toegang bieden en mogen niet tot gevolg hebben dat ongerechtvaardigde belemmeringen voor de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging worden geschapen.

[...]”

8. Behalve indien dit door het voorwerp van de opdracht gerechtvaardigd is, mag in de technische specificaties geen melding worden gemaakt van een bepaald fabrikaat of een bepaalde herkomst of van een bijzondere werkwijze, noch mogen deze een verwijzing bevatten naar een merk, een octrooi of een type, een bepaalde oorsprong of een bepaalde productie, waardoor bepaalde ondernemingen of bepaalde producten worden bevoordeeld of geëlimineerd. Deze vermelding of verwijzing is bij wijze van uitzondering toegestaan wanneer een voldoende nauwkeurige en begrijpe-

lijke beschrijving van het voorwerp van de opdracht niet mogelijk is door toepassing van de leden 3 en 4; een dergelijke vermelding of verwijzing gaat vergezeld van de woorden „of gelijkwaardig”.⁶

6 Voor het begrip „technische specificaties” was in punt 1 van bijlage VI bij diezelfde richtlijn een definitie opgenomen. Voor meer bepaald overheidsopdrachten voor leveringen en diensten waren dergelijke specificaties in genoemd punt 1, onder b), gedefinieerd als een specificatie „die voorkomt in een document ter omschrijving van de vereiste kenmerken van een product of dienst, zoals het niveau van kwaliteit, het niveau van milieuvriendelijkheid, een ontwerp dat aan alle vereisten voldoet (met inbegrip van de toegankelijkheid voor gehandicapten) en de overeenstemmingsbeoordeling, 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, en overeenstemmingsbeoordelingsprocedures”.

Regels van Unierecht over bloed van menselijke oorsprong

7 De overwegingen 2, 4, 23 en 32 van richtlijn 2002/98, die regels bevat voor diverse verrichtingen met bloed van menselijke oorsprong, luiden: „(2) De beschikbaarheid van bloed en bloedbestanddelen voor therapeutische doeleinden is grotendeels afhankelijk van de bereidheid van de burgers van de Gemeenschap om bloed af te staan. [...]

(4) [...] Voorts dienen de lidstaten maatregelen te nemen ter bevordering van zelfvoorziening van de Gemeenschap met bloed en bloedbestanddelen van menselijke oorsprong en ter stimulering van het vrijwillig en zonder vergoeding afstaan van bloed en bloedbestanddelen.

[...]

(23) Vrijwillige, onbetaalde bloeddonaties vormen een factor die kan bijdragen tot een hoog veiligheidsniveau van bloed en bloedbestanddelen en daarmee tot de bescherming van de volksgezondheid. De inspanningen van de Raad van Europa op dit gebied moeten worden ondersteund en alle nodige maatregelen moeten genomen worden om vrijwillige, onbetaalde donaties aan te moedigen, zulks door geschikte maatregelen en initiatieven

te treffen en door ervoor te zorgen dat donors meer publieke waardering krijgen, waardoor tevens de zelfvoorziening verbeterd wordt.

[...]

(32) [...] [D]e doelstellingen van deze richtlijn, namelijk het bijdragen tot een algemeen vertrouwen in de kwaliteit van donorbloed en donorbloedbestanddelen en tot de gezondheidsbescherming van de donors, het bereiken van zelfvoorziening in de Gemeenschap en het vergroten van het vertrouwen in de veiligheid van de bloedtransfusieketen in de verschillende lidstaten [...]

8 In artikel 2, lid 1, van richtlijn 2002/98 is de werkingssfeer van die richtlijn als volgt gedefinieerd:

„Deze richtlijn is van toepassing op het inzamelen en testen van bloed en bloedbestanddelen van menselijke oorsprong, ongeacht het beoogde gebruik, en op het bewerken, opslaan en distribueren ervan indien zij voor transfusie bestemd zijn.”

9 Artikel 4, lid 2, van deze richtlijn bepaalt het volgende:

„Deze richtlijn belet niet dat een lidstaat op zijn grondgebied strengere beschermende maatregelen handhaaft of treft die in overeenstemming zijn met het Verdrag.

Een lidstaat kan meer bepaald voorschriften inzake vrijwillige, onbetaalde donaties invoeren, waaronder het verbieden of beperken van de invoer van bloed en bloedbestanddelen, teneinde een hoog niveau van bescherming van de gezondheid te waarborgen en de doelstelling in artikel 20, lid 1, van deze richtlijn te verwezenlijken, mits voldaan is aan de voorwaarden van het Verdrag.”

10 Artikel 20, lid 1, van genoemde richtlijn is als volgt verwoord:

„De lidstaten moedigen vrijwillige, onbetaalde bloeddonaties aan, teneinde ervoor te zorgen dat bloed en bloedbestanddelen zoveel mogelijk uit dergelijke donaties afkomstig zijn.”

11 Overweging 19 van richtlijn 2001/83, die in essentie betrekking heeft op industrieel vervaardigde geneesmiddelen voor menselijk gebruik, luidt:

„De Gemeenschap ondersteunt de inspanningen van de Raad van Europa ter bevordering van de vrijwillige en gratis afgifte van bloed of plasma, om in de gehele Gemeenschap te streven naar zelfvoorziening inzake het aanbod van uit bloed bereide producten en om te zorgen voor de inacht-

neming van ethische beginselen bij de handel in therapeutische stoffen van menselijke oorsprong, ten volle.”

12 Artikel 1 van richtlijn 2001/83 bevat onder meer de volgende definities:

„10. Uit menselijk bloed of van menselijk plasma bereid geneesmiddel:

geneesmiddel op basis van bloedbestanddelen die door openbare en particuliere bedrijven op industriële wijze worden bereid; tot dit geneesmiddel behoren inzonderheid albumine, stollingsfactoren en immoglobulinen van menselijke oorsprong.

[...]

17. Groothandel in geneesmiddelen:

iedere activiteit die erin bestaat geneesmiddelen aan te schaffen, te houden, te leveren of uit te voeren, uitgezonderd het verstrekken van geneesmiddelen aan het publiek; deze activiteiten worden verricht met fabrikanten of hun dephouders, met importeurs, met andere groothandelaars of met apothekers en personen die in de betrokken lidstaat gemachtigd of gerechtigd zijn geneesmiddelen aan het publiek af te leveren.

[...]

13 Artikel 83 van genoemde richtlijn, dat deel uitmaakt van Titel VII betreffende de groothandel en bemiddeling in geneesmiddelen, bepaalt:

„Het bepaalde in deze titel doet geen afbreuk aan de strengere eisen die door de lidstaten worden toegepast op de groothandel in:

[...]

– uit bloed bereide geneesmiddelen,

[...]

14 Onder titel X van diezelfde richtlijn, houdende bijzondere bepalingen betreffende van menselijk bloed of van menselijk plasma bereide geneesmiddelen, is artikel 109 als volgt verwoord:

„Voor het inzamelen en testen van menselijk bloed en menselijk plasma is richtlijn [2002/98] van toepassing.”

15 Artikel 110 van deze richtlijn luidt:

„De lidstaten nemen alle dienstige maatregelen om te bevorderen dat de Gemeenschap zelf in haar behoeften aan menselijk bloed en menselijk plasma voorziet. Daartoe stimuleren zij de vrijwillige en gratis afgifte van bloed en plasma en nemen alle nodige maatregelen voor de ontwikkeling van de productie en het gebruik van producten die zijn bereid uit menselijk bloed of menselijk plasma dat van vrijwillige en gratis afgiften afkomstig is. Zij delen de genomen maatregelen aan de Commissie mede.”

Sloveens recht

Geneesmiddelenwet

16 Met betrekking tot de omschrijving van het beginsel van prioritaire bevoorrading met geneesmiddelen die industrieel zijn vervaardigd op basis van in Slovenië ingezameld plasma, bepaalt artikel 6, lid 71, van de Zakon o zdravilih (geneesmiddelenwet, Uradni list RS, nr. 17/2014):

„De prioritaire bevoorrading met geneesmiddelen die industrieel zijn vervaardigd uit Sloveens plasma (dat wil zeggen uit plasma dat vers is bevroren met het oog op de verwerking ervan en dat is ingezameld in Slovenië) is een beginsel op grond waarvan de bevoorrading met uit de Europese Unie afkomstige geneesmiddelen die zijn [vervaardigd] op basis van buitenlands plasma, plaatsvindt krachtens een vergunning voor het in de handel brengen, indien de uit Sloveens plasma vervaardigde geneesmiddelen niet volstaan om in de behoefte aan dergelijke producten in Slovenië te voorzien, behalve wanneer het binnenbrengen of de invoer van een bepaald geneesmiddel dat is verkregen uit buitenlands plasma wetenschappelijk is gerechtvaardigd of hiervoor strategische redenen zijn, die zijn vastgesteld door de Strateški svet za zdravila [(strategische raad voor geneesmiddelen, Slovenië)] en de Stokovni svet za preskrbo s krvjo in z zdravili iz plazme [(wetenschappelijke commissie voor de bevoorrading met bloed en uit plasma verkregen geneesmiddelen, Slovenië)].”

17 Lid 106 van hetzelfde artikel omschrijft de „uit bloed of plasma verkregen geneesmiddelen” als volgt:

„Uit bloed of plasma verkregen geneesmiddelen zijn industrieel bereide geneesmiddelen, zoals bijvoorbeeld geneesmiddelen die met name albumina [...] en immunoglobulina van menselijke oorsprong bevatten, die daartoe worden vervaardigd door gespecialiseerde ondernemingen die gebruik maken van bloedbestanddelen die zijn verkregen in overeenstemming met de voorschriften inzake de bevoorrading met bloed en bloedproducten alsmede de voorschriften inzake geneesmiddelen.”

18 Artikel 11, lid 6, van de geneesmiddelenwet preciseert de werkingssfeer ervan als volgt:

„De bepalingen van deze wet zijn niet van toepassing [...] op bloed, plasma of bloedcellen waarvoor de voorschriften inzake de bloedbevoorrading gelden, met uitzondering van plasma dat is bereid

volgens een op een industrieel procedé gebaseerde methode en wordt gebruikt voor de vervaardiging van geneesmiddelen.”

Wet op de bloedbevoorrading

19 In de leden 1 en 2 van artikel 2 van de Zakon o preskrbi s krvjo (wet op de bloedbevoorrading, Uradni list RS, nr. 104/06) is het volgende bepaald:

„1. De bloedbevoorrading maakt deel uit van de transfusieactiviteiten. Deze omvatten de planning, de inzameling, de bewerking, het testen, de opslag, de distributie, de verwerking en het zonder onderbreking en in voldoende mate aan de bevolking verstrekken van bloed en bloedbestanddelen alsmede het in de handel brengen daarvan.

2. De in het eerste lid bedoelde activiteiten worden verricht met inachtneming van de beginselen van nationale zelfvoorziening en vrijwillige, onbetaalde bloeddonaties teneinde te verzekeren dat er een voldoende groot aantal bloeddonoren is en te waarborgen dat bloedtransfusies veilig plaatsvinden.

[...]”

20 Artikel 3 van deze wet bevat de volgende definities in de leden 11, 12, 13, 18 en 27 ervan:

- bloed: humaan volbloed;
- bloedbestanddeel: actief bestanddeel van het bloed ([...], plasma), dat op basis van bloed op verschillende wijzen kan worden bereid;
- bloedproduct: ieder geneeskrachtig product (bestanddeel of medicament) dat is verkregen uit bloed of humaan plasma;
- zelfvoorziening: beginsel van de bevoorrading met bloed en bloedproducten volgens hetwelk iedere staat zelf met zijn eigen middelen voorziet in zijn behoeften aan bloed en bloedproducten;
- geneesmiddelen op basis van bloed: alle geneesmiddelen die uit bloed of humaan plasma zijn vervaardigd.

21 Artikel 5, lid 1, van genoemde wet, dat met name betrekking heeft op de inzameling van bloed, bepaalt:

„De inzameling en het testen van bloed en bloedbestanddelen, ongeacht het beoogde gebruik, en de bewerking, de opslag en de distributie ervan, indien zij voor transfusie bestemd zijn, zijn een publieke taak die wordt verricht door het transfusie-instituut of door de bloedbank die is aangeduid en gemachtigd door het Agentschap.”

22 Artikel 10, leden 1 en 2, van dezelfde wet stellen de taak van het Zavod Republike Slovenije za transfuzisko medicino (instituut voor transfusie-geneeskunde van de Republiek Slovenië; hierna: „instituut”) als volgt vast:

„1. Het [instituut] is op nationaal niveau verantwoordelijk voor de professionele bevoorrading met bloed en bloedproducten en voor de onderlinge afstemming tussen de transfusiegeneeskunde en de activiteiten van de ziekenhuizen.

2. Het [instituut] coördineert alle activiteiten betreffende de selectie van donoren, de inzameling, het testen, de bewerking, de opslag en de distributie van bloed en bloedproducten, het klinische gebruik van het bloed [...].”

Hoofdinging en prejudiciële vraag

23 Bij beslissing van 14 januari 2015 heeft het ziekenhuis een procedure voor de gunning van een overheidsopdracht ingeleid met het oog op de aankoop van twee soorten van uit plasma afkomstige geneesmiddelen, namelijk humaan albumine 200 mg/ml oplossing voor infusie en humaan immunoglobine voor intraveneuze toediening, 50 mg/ml of 100 mg/ml.

24 In het bestek was gepreciseerd dat de geneesmiddelen die voorwerp van die opdracht waren, moesten zijn „verkregen uit Sloveens plasma”. Op vraag van een ondernemer is als rechtvaardiging voor deze eis verwezen naar het beginsel van prioritaire bevoorrading met geneesmiddelen die industrieel zijn vervaardigd op basis van in Slovenië ingezameld plasma, zoals neergelegd in artikel 6, lid 71, van de geneesmiddelenwet.

25 Omdat zij bezwaar had tegen het vereiste van de nationale oorsprong van de uit plasma bereide geneesmiddelen, heeft Medisanus het ziekenhuis verzocht van dit vereiste af te zien en het bestek dienovereenkomstig te wijzigen. Aangezien het instituut een monopolie op de bloedinzameling in Slovenië heeft, zou het immers als enige in staat zijn tot levering van geneesmiddelen die uit in Slovenië ingezameld plasma waren verkregen en daarmee kunnen voldoen aan het vereiste van nationale oorsprong van het plasma zoals opgenomen in het bestek. Een dergelijk vereiste was dan ook in strijd met het Unierecht.

26 Dit verzoek is door het ziekenhuis afgewezen op grond dat deze vereisten uit de nationale wetgeving voortvloeiden, dat zij uit wetenschappelijk oogpunt waren gerechtvaardigd en dat zij in overeenstemming waren met een binnen de Unie nagestreefd doel van zelfvoorziening, zoals neer-

gelegd in artikel 110 van richtlijn 2001/83. De aanbestedende dienst heeft voorts nog benadrukt dat de geneesmiddelen die uit Sloveens plasma waren bereid, niet de totale behoefte van de Sloveense bevolking aan uit plasma bereide geneesmiddelen dekten. Een deel van die behoefte werd gedekt door een aanbesteding betreffende de aankoop van geneesmiddelen op basis van uit andere lidstaten afkomstig bloed.

27 Medisanus is vervolgens tegen de afwijzing van haar verzoek opgekomen bij de Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (nationale commissie voor herziening van de procedures inzake de gunning van overheidsopdrachten, Slovenië).

28 Deze commissie is een bijzondere nationale instantie die onder de Zakon o pravnem varstvu v postopkih javnega naročanja (wet inzake de rechtsbescherming in procedures inzake openbare aanbestedingen, Uradni list RS, nr. 43/11) valt. Zij is bij uitsluiting bevoegd om uitspraak te doen over de rechtmatigheid van de beslissingen van de aanbestedende diensten in het kader van procedures inzake de plaatsing van overheidsopdrachten.

29 In het kader van het bij haar aanhangige herzieningsverzoek koestert de Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil twijfels over de verenigbaarheid met de artikelen 2 en 23 van richtlijn 2004/18 van het vereiste van Sloveense oorsprong van het plasma dat wordt gebruikt voor de vervaardiging van de geneesmiddelen die voorwerp van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde openbare aanbesteding zijn, aangezien dit vereiste zou kunnen leiden tot schending van het beginsel van gelijke behandeling en van het beginsel van eerbiediging van de concurrentie tussen ondernemers.

30 Zij merkt evenwel op dat dit vereiste is gebaseerd op de Sloveense wetgeving. In de eerste plaats verplicht artikel 6, lid 71, van de geneesmiddelenwet immers tot prioritaire bevoorrading met geneesmiddelen die industrieel zijn vervaardigd op basis van in Slovenië ingezameld plasma. In de tweede plaats is in de wet op de bloedbevoorrading het zelfvoorzieningsbeginsel vastgelegd, op grond waarvan de Republiek Slovenië heeft beslist haar behoefte aan bloed en aan farmaceutische middelen uit bloed en plasma van menselijke oorsprong uit eigen middelen te dekken. In de derde plaats belast diezelfde wet het instituut met de uitvoering van de overheidsdienst bestaande

in de inzameling en het testen van bloed en bloedbestanddelen, ongeacht het beoogde gebruik, en de bewerking, de opslag en de distributie ervan, wanneer zij voor transfusie zijn bestemd.

31 In deze context heeft de Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (nationale commissie voor herziening van de procedures inzake de gunning van overheidsopdrachten) de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vraag voorgelegd:

„Moet richtlijn [2004/18], meer in het bijzonder artikel 23, leden 2 en 8, en artikel 2 van die richtlijn, gelezen in samenhang met

– richtlijn [2001/83], meer in het bijzonder artikel 83,

– richtlijn [2002/98], meer in het bijzonder artikel 4, lid 2,

– het VWEU, meer in het bijzonder artikel 18, aldus worden uitgelegd dat zij zich verzet tegen een vereiste dat industrieel bereide geneesmiddelen uit ‚Sloveens plasma‘ moeten zijn verkregen (een vereiste dat berust op de nationale wetgeving [...])?”

Beantwoording van de prejudiciële vraag

Ontvankelijkheid

32 Vooraf moet worden onderzocht of de Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil voldoet aan de criteria om als „nationale rechterlijke instantie” in de zin van artikel 267 VWEU te kunnen worden beschouwd.

33 De kwalificatie van het verwijzende orgaan als „rechterlijke instantie” in de zin van artikel 267 VWEU hangt af van een samenstel van factoren, waaronder de wettelijke grondslag van het orgaan, het permanente karakter, de verplichte rechtsmacht, het uitspraak doen na een procedure op tegenspraak, het toepassen van de regelen des rechts en de onafhankelijkheid van het orgaan (zie in die zin arrest van 6 oktober 2015, Consorci Sanitari del Maresme, C 203/14, EU:C:2015:664, punt 17 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

34 In de onderhavige zaak blijkt uit de door de Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil verstrekte inlichtingen in de bijlage bij de verwijzingsbeslissing dat deze commissie geen banden heeft met de overheidsinstanties waarvan zij de beslissingen toetst. Daarnaast genieten haar leden de bij de wet op het ambt van rechter (Zakon o sodniški službi) voorziene waarborgen voor zover het hun benoeming

en de gronden voor hun ontzetting uit het ambt betreft, zodat hun onafhankelijkheid is gewaarborgd.

35 Bovendien is deze commissie ingesteld bij de wet inzake de rechtsbescherming in procedures inzake openbare aanbestedingen, die haar een permanent karakter verleent en haar rechtsmacht verplicht maakt.

36 Daarenboven doet bedoelde commissie niet alleen uitspraak op basis van laatstgenoemde wet, maar past zij ook de wet inzake de civiele procedure (*Zakon o pravdnem postopku*) en haar eigen reglement voor de procesvoering toe, dat is gepubliceerd in de *Uradni list Republike Slovenije* (*Publicatieblad van de Republiek Slovenië*). Voorts worden de zaken bij haar aanhangig gemaakt na een beroep en hebben haar beslissingen gezag van gewijsde.

37 Tot slot hebben de partijen, en in voorkomend geval de gekozen inschrijver, het recht om hun zienswijze kenbaar te maken in het kader van een procedure, en om een standpunt in te nemen ten aanzien van de elementen die de andere partijen en de vertegenwoordiger van het openbare belang naar voren hebben gebracht. De voor het verwijzende orgaan gevolgde procedure verloopt dus op tegenspraak.

38 Hieruit volgt dat de Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil voldoet aan de criteria om als „nationale rechterlijke instantie” in de zin van artikel 267 VWEU te worden beschouwd, en dat de door haar aan het Hof gestelde vraag ontvankelijk is.

Ten gronde

Opmerkingen vooraf

39 De gestelde vraag heeft in essentie tot doel te bepalen of het vereiste om geneesmiddelen te vervaardigen uit in Slovenië ingezameld plasma verenigbaar is met artikel 2 en artikel 23, leden 2 en 8, van richtlijn 2004/18, gelezen in samenhang met artikel 83 van richtlijn 2001/83 en artikel 4, lid 2, van richtlijn 2002/98, en met artikel 18 VWEU.

40 Uit de verwijzingsbeslissing volgt dat de Sloveense wetgever voor industrieel vervaardigde geneesmiddelen op basis van menselijk plasma een systeem heeft ingevoerd dat op de volgende elementen berust.

41 In de eerste plaats is in artikel 3, lid 18, van de wet op de bloedbevoorrading een beginsel van zelfvoorziening vastgelegd ter zake van bloed en bloedbestanddelen van menselijke oorsprong en

van geneesmiddelen die uit menselijk bloed of plasma zijn verkregen. Op grond daarvan dekt de Sloveense Staat zijn behoefte aan bloed en uit bloed of plasma verkregen geneesmiddelen voor de op zijn grondgebied verzorgde patiënten uit eigen middelen (hierna: „beginsel van nationale zelfvoorziening”).

42 Ingevolge artikel 2 van die wet moet het beginsel van nationale zelfvoorziening worden geëerbiedigd bij alle transfusieactiviteiten, te weten onder meer bij de inzameling, de bewerking, de distributie en de verstrekking aan de bevolking van bloed en bloedbestanddelen of van uit bloed en plasma verkregen geneesmiddelen, en de handel in die bestanddelen en geneesmiddelen.

43 In dit artikel 2 is het beginsel van vrijwillige, onbetaalde bloeddonaties vastgelegd. Daarin is opgenomen dat met de gecombineerde toepassing van de beginselen van nationale zelfvoorziening en vrijwillige, onbetaalde bloeddonaties moet worden gewaarborgd dat er een voldoende groot aantal bloeddonoren is en dat bloedtransfusies veilig verlopen.

44 In de tweede plaats is in artikel 10 van de wet op de bloedbevoorrading bepaald dat het instituut, een openbare instantie, onder meer op nationaal niveau verantwoordelijk is voor de bevoorrading met bloed en bloedbestanddelen of met uit bloed en plasma verkregen geneesmiddelen. Het coördineert daarnaast de activiteiten die verband houden met onder meer de inzameling, de bewerking en de distributie van die bestanddelen en geneesmiddelen.

45 In de derde plaats is in artikel 6, lid 71, van de geneesmiddelenwet het beginsel van prioritaire bevoorrading met geneesmiddelen die industrieel zijn vervaardigd op basis van in Slovenië ingezameld plasma (hierna: „Sloveens plasma”) vastgelegd. Dit beginsel houdt in dat geneesmiddelen die zijn bereid uit plasma dat afkomstig is van inzamelingen die elders dan in Slovenië hebben plaatsgevonden, in alle gevallen pas op de markt mogen worden gebracht wanneer de uit Sloveens plasma bereide geneesmiddelen niet de gehele behoefte dekken (hierna: „beginsel van prioritaire bevoorrading”).

46 Uit genoemd beginsel volgt dus dat de behoeften van de Sloveense ziekenhuizen aan uit plasma bereide geneesmiddelen prioritair moet worden gedekt met geneesmiddelen die op basis van Sloveens plasma zijn vervaardigd (hierna: „vereiste van nationale oorsprong”) en dat wanneer de ge-

neesmiddelen van Sloveense oorsprong niet volstaan, zo nodig moet worden teruggenomen op geneesmiddelen die zijn vervaardigd op basis van plasma dat in andere lidstaten is ingezameld.

47 In de praktijk bestemt het instituut de hoeveelheden Sloveens plasma die niet voor transfusies worden gebruikt, voor de vervaardiging van geneesmiddelen. Vanuit dat perspectief organiseert het procedures voor de plaatsing van overheidsopdrachten voor diensten, teneinde de ondernemer te selecteren die tot die vervaardiging zal overgaan, waarbij het instituut eigenaar van het plasma blijft en eigenaar van de op basis daarvan vervaardigde geneesmiddelen wordt. Deze openbare instantie levert die geneesmiddelen tegen een prijs gelijk aan hun productiekosten aan de ziekenhuizen.

48 Om te voldoen aan de behoefte aan op basis van plasma vervaardigde geneesmiddelen die niet wordt gedekt door de geneesmiddelen die uit Sloveens plasma zijn bereid, organiseert het instituut tezamen met de Sloveense ziekenhuizen procedures voor de plaatsing van overheidsopdrachten voor leveringen.

49 In die context is de procedure voor de plaatsing van een overheidsopdracht die in het hoofdingen aan de orde is te plaatsen. Daarmee wil het ziekenhuis geneesmiddelen inkopen die zijn vervaardigd op basis van plasma dat overeenkomstig het beginsel van prioritaire bevoorrading van Sloveense oorsprong moet zijn en dat het instituut als enige kan leveren.

Kwalificatie van bloed van menselijke oorsprong en zijn bestanddelen

50 Zowel in haar schriftelijke opmerkingen als ter terechtzitting heeft de Sloveense regering zich beroepen op artikel 168, lid 7, VWEU om te betogen dat bloed van menselijke oorsprong en zijn bestanddelen „middelen” zijn en geen goederen in de zin van artikel 34 VWEU.

51 Het is juist dat artikel 168, lid 7, VWEU de allocatie van middelen tot de verantwoordelijkheden van de lidstaten rekent wat de bepaling van hun gezondheidsbeleid aangaat, alsmede de organisatie en de verstrekking van gezondheidsdiensten en geneeskundige verzorging.

52 Uit de bewoordingen van artikel 168, lid 7, VWEU kan echter niet worden afgeleid dat de opstellers van de Verdragen met hun generieke gebruik van het begrip „middelen” juist op bloed of zijn bestanddelen hebben willen doelen.

53 Voorts verzet niets zich ertegen dat uit menselijk bloed of plasma bereide geneesmiddelen onder de definitie van het begrip „goederen” in de zin van de bepalingen van het VWEU over het vrije verkeer van goederen worden gebracht, gelet op de buitengewoon ruime uitlegging van dat begrip in de rechtspraak van het Hof over met name geneesmiddelen alsook bloed en bloedbestanddelen (zie in die zin arresten van 11 september 2008, Commissie/Duitsland, C 141/07, EU:C:2008:492, punten 27-32, en van 9 december 2010, Humanplasma, C 421/09, EU:C:2010:760, punten 27 en 30). Hieruit volgt dat uit menselijk bloed en plasma bereide geneesmiddelen „goederen” in de zin van artikel 34 VWEU vormen.

54 Zoals de advocaat-generaal bovendien heeft benadrukt in de punten 62 tot en met 66 van zijn conclusie, vormen de geneesmiddelen die in het hoofdingen aan de orde zijn, „producten” in de zin van artikel 1, lid 2, onder a) en c), van richtlijn 2004/18 die op geld kunnen worden gewaardeerd en als zodanig voorwerp van handelstransacties kunnen zijn.

Toepasselijke bepalingen

55 Er dient aan te worden herinnerd dat een prejudiciële vraag moet worden onderzocht met inachtneming van alle bepalingen van het Verdrag en het afgeleide recht die relevant kunnen zijn voor het aan de orde gestelde probleem (zie in die zin arrest van 11 juli 1985, Mutsch, 137/84, EU:C:1985:335, punt 10). De omstandigheid dat een verwijzende rechterlijke instantie bij de formulering van haar vraag heeft verwezen naar bepaalde voorschriften van het Unierecht, staat er niet aan in de weg dat het Hof die instantie alle uitleggingsgegevens verschaft die nuttig kunnen zijn voor de beslechting van de aldaar aanhangige zaak, ongeacht of die al dan niet in haar vragen worden genoemd (zie in die zin arrest van 12 december 1990, SARPP, C 241/89, EU:C:1990:459, punt 8).

56 Wat de bepalingen van Unierecht betreft waarvan de verwijzende rechter het Hof om uitlegging verzoekt, moet allereerst worden beoordeeld of artikel 83 van richtlijn 2001/83, artikel 4, lid 2, van richtlijn 2002/98 en artikel 18 VWEU van toepassing zijn op een situatie als die in het hoofdingen.

57 In de eerste plaats verleent artikel 83 van richtlijn 2001/83 de lidstaten de bevoegdheid om de groothandel in uit bloed bereide geneesmiddelen aan strengere eisen te onderwerpen dan de

eisen die gelden voor de groothandel in andere geneesmiddelen en voor andere vormen van distributie van geneesmiddelen waarop die bepaling niet ziet.

58 De „groothandel in geneesmiddelen” is in artikel 1, punt 17, van richtlijn 2001/83 gedefinieerd als „iedere activiteit die erin bestaat geneesmiddelen aan te schaffen, te houden, te leveren of uit te voeren, uitgezonderd het verstrekken van geneesmiddelen aan het publiek; deze activiteiten worden verricht met fabrikanten of hun dephouwers, met importeurs, met andere groothandelaars of met apothekers en personen die in de betrokken lidstaat gemachtigd of gerechtigd zijn geneesmiddelen aan het publiek af te leveren”.

59 Dit is duidelijk niet het voorwerp van de activiteit van het ziekenhuis. Hieruit volgt dat artikel 83 van richtlijn 2001/83 niet van toepassing is in omstandigheden als die in het hoofdgeding.

60 In de tweede plaats mag een lidstaat op grond van artikel 4, lid 2, van richtlijn 2002/98 de invoer van bloed en bloedbestanddelen verbieden of beperken, teneinde vrijwillige, onbetaalde donaties van bloed en bloedbestanddelen te bevorderen.

61 In dat verband moet erop worden gewezen dat artikel 2, lid 1, van richtlijn 2002/98 de distributie van bloed en bloedbestanddelen alleen regelt „indien zij voor transfusie bestemd zijn”. Aangezien uit plasma bereide geneesmiddelen niet een dergelijke bestemming hebben, is artikel 4, lid 2, van richtlijn 2002/98 niet van toepassing op omstandigheden als die in het hoofdgeding.

62 In de derde plaats, en zoals de advocaat-generaal heeft uiteengezet in de punten 37 en 38 van zijn conclusie, moet eraan worden herinnerd dat artikel 18 VWEU slechts autonoom toepassing kan vinden in gevallen waarin het Unierecht wel geldt, maar waarvoor het Verdrag niet in bijzondere discriminatieverboden voorziet (zie in die zin met name arresten van 21 juni 1974, *Reyners*, 2/74, EU:C:1974:68, punten 15 en 16; van 30 mei 1989, *Commissie/Griekenland*, 305/87, EU:C:1989:218, punten 12 en 13, en van 18 december 2014, *Generali-Providencia Biztosító*, C 470/13, EU:C:2014:2469, punt 31).

63 In de omstandigheden van het hoofdgeding en in aanmerking nemend dat het vrije verkeer van goederen aan de orde is, moet worden geoordeeld dat het vereiste van nationale oorsprong binnen de werkingsfeer van artikel 34 VWEU valt, dat belemmeringen van het vrije verkeer van goederen verbiedt.

64 In dat verband moet eraan worden herinnerd dat het in artikel 34 VWEU neergelegde verbod op maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve beperkingen volgens vaste rechtspraak van het Hof ziet op iedere maatregel van de lidstaten die de invoerstromen tussen de lidstaten al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel kan belemmeren (arrest van 19 oktober 2016, *Deutsche Parkinson Vereinigung*, C 148/15, EU:C:2016:776, punt 22 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

65 Gelezen in samenhang met artikel 36 VWEU verbiedt artikel 34 met name discriminatoire belemmeringen van het vrije verkeer van goederen en voorziet het in vergelijking met artikel 18 VWEU in specifieke discriminatieverboden.

66 Hieruit volgt dat in omstandigheden als die in het hoofdgeding artikel 83 van richtlijn 2001/83, artikel 4, lid 2, van richtlijn 2002/98 en artikel 18 VWEU niet op het hoofdgeding van toepassing zijn.

Verenigbaarheid van een vereiste van nationale oorsprong van uit plasma bereide geneesmiddelen, zoals dat aan de orde in het hoofdgeding, met de artikelen 2 en 23 van richtlijn 2004/18 en met artikel 34 VWEU

67 Gelet op de voorgaande overwegingen moet de gestelde vraag zo worden opgevat dat daarmee wil worden vernomen of artikel 2 en artikel 23, leden 2 en 8, van richtlijn 2004/18, alsmede artikel 34 VWEU, gelezen in samenhang met artikel 36 VWEU, aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een clause in het bestek van een overheidsopdracht die, overeenkomstig de wetgeving van de lidstaat waaronder de aanbestedende dienst valt, vereist dat uit plasma bereide geneesmiddelen, die voorwerp van de overheidsopdracht in kwestie zijn, vervaardigd zijn op basis van plasma dat in die lidstaat is ingezameld.

68 Vastgesteld moet worden dat het vereiste van nationale oorsprong in de onderhavige zaak intrinsiek discriminatoir is. De verplichting om zich prioritair met uit Sloveens plasma bereide geneesmiddelen te bevoorraden belet immers iedere onderneming die beschikt over geneesmiddelen die zijn bereid uit plasma dat in een andere lidstaat van de Unie is ingezameld, om dienstig in te schrijven op een aanbesteding als door het ziekenhuis uitgeschreven.

69 Zoals de advocaat-generaal eraan heeft herinnerd in punt 94 van zijn conclusie, moet er in dat verband op worden gewezen dat met richtlijn

2004/18 geen uitputtende harmonisatie van de aspecten betreffende het vrije verkeer van goederen is doorgevoerd. Deze vaststelling vloeit met name uit de bewoordingen van artikel 23, lid 8, van die richtlijn voort, doordat daarin wordt aanvaard dat technische specificaties door het voorwerp van de opdracht kunnen worden gerechtvaardigd.

70 Voorts is de aanbestedende dienst in het hoofdingebonden aan de vereisten in verband met de plaatsing van overheidsopdrachten, namelijk de vereisten die voortvloeien uit artikel 2 en artikel 23, leden 2 en 8, van richtlijn 2004/18, en moet hij rekening houden met artikel 110 van richtlijn 2001/83, dat bepaalt dat de lidstaten alle dienstige maatregelen nemen om te bevorderen dat de Unie zelf in haar behoeften aan menselijk bloed en menselijk plasma voorziet. Daartoe voorziet die laatste bepaling erin dat de lidstaten de vrijwillige en gratis afgifte van bloed en plasma stimuleren en alle nodige maatregelen nemen voor de ontwikkeling van de productie en het gebruik van producten die zijn bereid uit menselijk bloed of menselijk plasma dat van vrijwillige en gratis afgiften afkomstig is.

71 Wat betreft de in artikel 168, lid 7, VWEU bedoelde bevoegdheden en verantwoordelijkheden van de lidstaten met betrekking tot bloeddonaties op het gebied van het gezondheidsbeleid, het beheer van gezondheidsdiensten en geneeskundige verzorging alsmede de allocatie van de daaraan toegewezen middelen, moet worden vastgesteld dat de lidstaten bij de uitoefening van die bevoegdheden, met name bij openbare aanbestedingen, het Unierecht moeten eerbiedigen, in het bijzonder de bepalingen betreffende het vrije verkeer van goederen (zie in die zin arrest van 11 september 2008, Commissie/Duitsland, C 141/07, EU:C:2008:492, punten 22-25 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

72 Hieruit volgt dat zowel wat betreft de discriminatoire belemmeringen van het vrije verkeer van goederen als de rechtvaardigingsgronden daarvoor, het onderzoek van het vereiste van nationale oorsprong dat in het hoofdingebonden aan de orde is, op grond waarvan uit plasma bereide geneesmiddelen moeten worden vervaardigd uit plasma dat in Slovenië is ingezameld, niet beperkt kan blijven tot een beoordeling aan de hand van richtlijn 2004/18. Daarbij moet tevens rekening worden gehouden met de bepalingen van het primair recht.

73 Wat richtlijn 2004/18 betreft, volstaat de constatering in punt 68 van het onderhavige arrest voor de vaststelling dat artikel 2 daarvan niet in acht is genomen. Dit verlangt met name van de aanbestedende dienst dat hij ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze behandelt en transparantie in zijn handelen betracht.

74 Daarnaast moet erop worden gewezen dat artikel 23, lid 2, van richtlijn 2004/18 bepaalt dat de technische specificaties in de aanbestedingsstukken de inschrijvers gelijke toegang moeten bieden en niet tot gevolg mogen hebben dat ongerechtvaardigde belemmeringen voor de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging worden geschapen.

75 Het blijkt evenwel dat in omstandigheden als die in het hoofdingebonden niet is voldaan aan de voorwaarden in artikel 23, lid 8, van genoemde richtlijn.

76 Uit de bewoordingen van die laatste bepaling van richtlijn 2004/18 volgt namelijk duidelijk dat in een technische specificatie alleen melding mag worden gemaakt van een bepaalde herkomst indien dit door het voorwerp van de opdracht is gerechtvaardigd en dat een dergelijke vermelding alleen bij wijze van uitzondering is toegestaan. In elk geval moet de verwijzing naar een technische specificatie als een bepaalde herkomst of oorsprong vergezeld gaan van de woorden „of gelijkwaardig” (zie in die zin arrest van 22 september 1988, Commissie/Ierland, 45/87, EU:C:1988:435, punt 22).

77 Wat het hoofdingebonden betreft heeft het ziekenhuis dus, door niet de woorden „of gelijkwaardig” toe te voegen na het vereiste van nationale oorsprong te hebben opgelegd, niet alleen ondernemers die over gelijksoortige geneesmiddelen beschikken van inschrijving op de aanbesteding kunnen ontmoedigen, maar ook de invoerstromen in het handelsverkeer tussen de lidstaten kunnen belemmeren, door de opdracht betreffende de uit Sloveens plasma bereide geneesmiddelen aan het instituut voor te behouden. Daarmee heeft het ziekenhuis noch artikel 2 van richtlijn 2004/18 noch artikel 23, leden 2 en 8, daarvan noch artikel 34 VWEU in acht genomen (zie naar analogie arrest van 24 januari 1995, Commissie/Nederland, C 359/93, EU:C:1995:14, punt 27).

Rechtvaardiging van de belemmering van het vrije verkeer van goederen

78 Om te bepalen of een clause in het bestek van een overheidsopdracht met daarin een vereiste van nationale oorsprong van uit plasma bereide geneesmiddelen, zoals dat aan de orde in het hoofdgeding, een verboden beperking in de zin van artikel 34 VWEU vormt, moet worden onderzocht of zij kan worden gerechtvaardigd op grond van de bescherming van de volksgezondheid, zoals de Sloveense regering en de Commissie te kennen hebben gegeven (zie naar analogie arrest van 9 december 2010, *Humanplasma*, C 421/09, EU:C:2010:760, punt 31).

79 Om te beginnen moet erop worden gewezen dat de aanbestedende dienst in het hoofdgeding gebonden is aan twee potentieel tegenstrijdige vereisten, zoals in herinnering is gebracht in punt 70 van het onderhavige arrest. Hij moet namelijk artikel 6 van de geneesmiddelenwet naleven, waarin de beginselen van prioritaire bevoorrading en nationale zelfvoorziening zijn vastgelegd, welk laatste vereiste uit artikel 2 van de wet op de bloedbevoorrading voortvloeit. Tegelijkertijd moet deze aanbestedende dienst overeenkomstig artikel 2 van richtlijn 2004/18 de gelijke toegang tot overheidsopdrachten eerbiedigen en bijgevolg waarborgen dat ondernemers die over uit plasma bereide geneesmiddelen beschikken, niet-discriminatoir worden behandeld.

80 Omdat in casu het vereiste van nationale oorsprong discriminatoir is, zoals is vastgesteld in punt 68 van het onderhavige arrest, kan de Sloveense wetgeving alleen op grond van een van de redenen in artikel 36 VWEU worden gerechtvaardigd (zie naar analogie met name arresten van 17 juni 1981, *Commissie/Ierland*, 113/80, EU:C:1981:139, punten 7, 8, 10 en 11, en van 30 november 1995, *Gebhard*, C 55/94, EU:C:1995:411, punt 37).

81 Wat dat aangaat, meent de Sloveense regering dat het systeem voor de inzameling van menselijk bloed en plasma dat in het hoofdgeding aan de orde is, op grond van de volksgezondheid wordt gerechtvaardigd.

82 Om te bepalen of een lidstaat op het gebied van de volksgezondheid het evenredigheidsbeginsel in acht heeft genomen, moet er volgens vaste rechtspraak van het Hof rekening mee worden gehouden dat de gezondheid en het leven van personen de eerste plaats innemen onder de goederen en belangen die door het VWEU worden beschermd, en dat het de taak van de lidstaten is om te beslissen op welk niveau zij de bescherming

van de volksgezondheid wensen te verzekeren, en hoe dit dient te gebeuren. Aangezien dit niveau per lidstaat kan verschillen, beschikken de lidstaten over een beoordelingsmarge (zie met name arresten van 11 september 2008, *Commissie/Duitsland*, C 141/07, EU:C:2008:492, punt 51; van 19 mei 2009, *Apothekerkammer des Saarlandes e.a.*, C 171/07 en C 172/07, EU:C:2009:316, punt 19; van 21 juni 2012, *Susisalo e.a.*, C 84/11, EU:C:2012:374, punt 28; van 5 december 2013, *Venturini e.a.*, C 159/12–C 161/12, EU:C:2013:791, punt 59, en van 19 oktober 2016, *Deutsche Parkinson Vereinigung*, C 148/15, EU:C:2016:776, punt 30).

83 Uit de rechtspraak van het Hof blijkt echter ook dat een regeling die een in het VWEU gewaarborgde fundamentele vrijheid, zoals het vrije verkeer van goederen, kan beperken, slechts gerechtvaardigd kan zijn, wanneer zij geschikt is om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en niet verder gaat dan nodig is om dat doel te bereiken (zie in die zin op het gebied van de volksgezondheid arresten van 11 september 2008, *Commissie/Duitsland*, C 141/07, EU:C:2008:492, punt 48, en van 9 december 2010, *Humanplasma*, C 421/09, EU:C:2010:760, punt 34).

84 Eerst moet dus worden nagegaan of het vereiste van nationale oorsprong dat in het hoofdgeding aan de orde is, een legitiem doel nastreeft.

85 Volgens de Sloveense regering is dit vereiste van nationale oorsprong bedoeld om tot vrijwillige, onbetaalde bloeddonaties te stimuleren en om te verzekeren dat het beginsel van nationale zelfvoorziening wordt geëerbiedigd. Volgens deze regering, die de nadruk legt op het onderlinge verband tussen die twee doelstellingen, hebben de strenge eisen die vrijwillige, onbetaalde bloeddonaties omgeven, een zeer belangrijke weerslag op de hoeveelheid menselijk bloed en bloedbestanddelen die wordt ingezameld, hetgeen dan weer een invloed heeft op de zelfvoorziening in de bevoorrading met bloed en dus ook de bevoorrading met bloedbestanddelen.

86 Om te beginnen moet worden opgemerkt dat het onderlinge verband tussen de twee door de Sloveense regering naar voren geschoven doelstellingen, reeds uit de bewoordingen van artikel 110 van richtlijn 2001/83 voortvloeit. Er dient immers aan te worden herinnerd dat deze bepaling voorschrijft dat „[d]e lidstaten [...] alle dienstige maatregelen [nemen] om te bevorderen dat de

Gemeenschap zelf in haar behoeften aan menselijk bloed en menselijk plasma voorziet. Daartoe stimuleren zij de vrijwillige en gratis afgifte van bloed en plasma [...]”.

87 Het feit dat vrijwillige, onbetaalde bloeddonaties worden gestimuleerd, komt tegemoet aan overwegingen van volksgezondheid, als bedoeld in artikel 36 VWEU. Derhalve kan deze doelstelling in beginsel een belemmering van het vrije verkeer van goederen rechtvaardigen (zie in die zin arrest van 9 december 2010, Humanplasma, C 421/09, EU:C:2010:760, punt 33).

88 Aangezien de tweede doelstellingen die de Sloveense regering naar voren heeft geschoven, erin bestaat het beginsel van nationale zelfvoorziening te eerbiedigen, moet worden nagegaan of een nationale wettelijke regeling als die in het hoofdgeding, die een dergelijke doelstellingen nastreeft, bijdraagt tot de bevordering van de zelfvoorziening in menselijk bloed en plasma van de Unie, als bedoeld in artikel 110 van richtlijn 2001/83.

89 In de eerste plaats heeft de Uniewetgever niet gepreciseerd hoe de zelfvoorziening in menselijk bloed en plasma van de Unie kan worden bereikt. In navolging van de Commissie kan dus worden aangenomen dat de zelfvoorziening van de Unie bij de huidige stand van het Unierecht haar beslag krijgt doordat elk van de lidstaten nationale zelfvoorziening nastreeft.

90 In de tweede plaats moet worden vastgesteld dat de Uniewetgever geen vaste terminologie gebruikt om de zelfvoorziening van de Unie af te bakenen. Terwijl artikel 110 van richtlijn 2001/83 alleen menselijk bloed en menselijk plasma vermeldt, wordt de lidstaten in artikel 20, lid 1, van richtlijn 2002/98, gelezen in samenhang met overweging 4 van die richtlijn, verzocht om de nodige maatregelen te nemen om vrijwillige, onbetaalde bloeddonaties aan te moedigen, teneinde ervoor te zorgen dat bloed en bloedbestanddelen zoveel mogelijk uit dergelijke donaties afkomstig zijn.

91 De draagwijdte van het beginsel van zelfvoorziening van de Unie is nog ruimer gemaakt in overweging 19 van richtlijn 2001/83, die ernaar verwijst dat „in de gehele Gemeenschap [...] naar zelfvoorziening inzake het aanbod van uit bloed bereide producten” wordt gestreefd.

92 Aangezien de doelstelling om voor zelfvoorziening van de Unie op het gebied van de bevoorrading met bloedproducten te zorgen, past in het streven om de volksgezondheid te beschermen, moet de draagwijdte ervan ruim worden opgevat.

93 Bijgevolg streeft een nationale wettelijke regeling als die in het hoofdgeding legitieme doelstellingen inzake de bescherming van de volksgezondheid na.

94 Vervolgens moet de evenredigheid van een dergelijke wettelijke regeling voor het bereiken van die doelstelling inzake de bescherming van de volksgezondheid worden onderzocht.

95 Artikel 36 VWEU is een – strikt uit te leggen – uitzondering op de regel van het vrije verkeer van goederen binnen de Unie, zodat een nationale regeling noodzakelijk moet zijn ter verwezenlijking van het gestelde doel, welk doel niet mag kunnen worden bereikt door verbodsbepalingen of beperkingen die minder ver gaan of die de handel binnen de Unie minder beperken (zie in die zin arrest van 11 september 2008, Commissie/Duitsland, C 141/07, EU:C:2008:492, punt 50).

96 In dat verband blijkt uit geen van de aan het Hof ter beschikking staande gegevens dat de conclusie kan worden getrokken dat het beginsel van prioritaire bevoorrading met geneesmiddelen die industrieel zijn vervaardigd op basis van Sloveense plasma dat binnen Sloveense ziekenhuizen wordt afgenomen, er op beslissende wijze toe bijdraagt dat de Sloveense bevolking ertoe wordt gestimuleerd om vrijwillig en onbetaald zijn bloed af te staan.

97 Het is juist dat overweging 19 en artikel 110 van richtlijn 2001/83 te plaatsen zijn binnen de context van de solidariteit. Omdat zij niet worden betaald, handelen de bloeddonoren als geheel immers in het belang van allen, waarmee zij dezelfde belangen delen, door zich gezamenlijk te wapenen tegen het risico van een tekort aan uit bloed of plasma bereide geneesmiddelen. Het beginsel van prioritaire bevoorrading dat in het hoofdgeding aan de orde is, gaat echter duidelijk in tegen dit concept van solidariteit dat aan de zelfvoorziening van de Unie ten grondslag ligt, doordat het voorziet in een uitsluiting van ondernemers die in Slovenië geneesmiddelen willen invoeren die zijn bereid uit plasma dat eveneens afkomstig is van vrijwillige, onbetaalde donaties, in andere lidstaten. Daar waar de motivatie van de bloeddonoren dezelfde is in andere lidstaten dan Slovenië en er objectie convergentie is tussen

de belangen van alle bloeddonoren in de lidstaten voor zover het de vervaardiging en het gebruik betreft van producten die zijn bereid uit bloed en plasma dat afkomstig van vrijwillige, onbetaalde donaties, is er geen reden om aan te nemen dat, zoals de Sloveense regering beweert, alleen eisen gebaseerd op een zuiver nationaal concept van solidariteit in Slovenië een zeer belangrijke weerslag kunnen hebben op de hoeveelheid bloed en bloedbestanddelen die wordt ingezameld en derhalve op de hoeveelheid bloedproducten die uit die donaties wordt bereid.

98 Bijgevolg is niet gebleken dat de doelstelling van het bevorderen en het in stand houden van een groot aantal vrijwillige, onbetaalde bloeddonaties noodzakelijkerwijs vereist dat wordt teruggegrepen op het vereiste van nationale oorsprong dat in het hoofdgeding aan de orde is. In die omstandigheden moet het beginsel van prioritaire bevoorrading worden geacht onevenredig te zijn.

99 Aan dat oordeel kan niet worden afgedaan door het argument dat een systeem van prioritaire bevoorrading, zoals omschreven in de punten 41 tot en met 48 van het onderhavige arrest, kan worden beschouwd als de oplossing die het vrije verkeer van goederen het minst aantast, met name gelet op het feit dat de geneesmiddelen aan de ziekenhuizen worden geleverd tegen een prijs die met louter hun productiekosten overeenstemt.

100 Het is juist dat een systeem voor de inzameling van plasma zoals dat aan de orde is in het hoofdgeding, is ingevoerd binnen een wereldwijde context die wordt gekenmerkt door een voortdurend en onbetwist tekort aan bloed en plasma van hoogwaardige kwaliteit, alsook door een sterke concentratie van de sector van de industriële bewerking van bloed en plasma tot geneesmiddelen. Zoals de Commissie heeft benadrukt in haar schriftelijke opmerkingen, zet deze langdurige tendens de enkele ondernemingen die op dit gebied actief zijn, er bovendien toe aan om de voorkeur te geven aan de verkoop van uit plasma bereide geneesmiddelen in landen die een hogere prijs kunnen betalen of die in grotere hoeveelheden inkopen. Daardoor worden de landen van kleinere omvang geconfronteerd met het risico van een gevoelige stijging van de prijs van uit plasma bereide geneesmiddelen.

101 Daarnaast kunnen economische belangen die ertoe strekken een kwalitatief hoogwaardige, veilige en voor iedereen toegankelijke dienstverlening in ziekenhuizen te verzekeren, inderdaad onder

de afwijkingen uit hoofde van volksgezondheid als voorzien in artikel 36 VWEU vallen, voor zover zij bijdragen tot de verwezenlijking van een hoog niveau van gezondheidsbescherming (zie in die zin arrest van 11 september 2008, Commissie/Duitsland, C 141/07, EU:C:2008:492, punt 60). 102 Niettemin kan een systeem van prioritaire bevoorrading met industrieel vervaardigde geneesmiddelen op basis van Sloveens plasma, zoals dat in het hoofdgeding, niet worden geacht onmisbaar te zijn ter voorkoming van een stijging van de kosten van uit plasma bereide geneesmiddelen, aangezien alle geneesmiddelen die industrieel op basis van plasma zijn vervaardigd, of dit nu in Slovenië of een andere lidstaat is, dezelfde basis voor de vaststelling van de prijzen van deze geneesmiddelen hebben, namelijk vrijwillige, onbetaalde bloeddonaties.

103 Gelet op een en ander moet worden geoordeeld dat een beperking zoals die die voortvloeit uit de nationale regeling die in het hoofdgeding aan de orde is, niet geschikt is om de aangevoerde doelstellingen te bereiken, en dus niet kan worden geacht te zijn gerechtvaardigd door de verwezenlijking daarvan.

104 Bijgevolg moet op de gestelde vraag worden geantwoord dat artikel 2 en artikel 23, leden 2 en 8, van richtlijn 2004/18, alsmede artikel 34 VWEU, gelezen in samenhang met artikel 36 VWEU, aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een clause in het bestek van een overheidsopdracht die, overeenkomstig de wetgeving van de lidstaat waaronder de aanbestedende dienst valt, vereist dat uit plasma bereide geneesmiddelen, die voorwerp van de overheidsopdracht in kwestie zijn, vervaardigd zijn op basis van plasma dat in die lidstaat is ingezameld.

Kosten

105 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 (Derde kamer) verklaart voor recht: Artikel 2 en artikel 23, leden 2 en 8, van 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, alsmede artikel 34 VWEU, gelezen in samenhang met artikel 36 VWEU, moeten aldus worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een clause in het bestek van een overheidsopdracht die, overeenkomstig de wetgeving van de lidstaat waaronder de aanbestedende dienst valt, vereist dat uit plasma bereide geneesmiddelen, die voorwerp van de overheidsopdracht in kwestie zijn, vervaardigd zijn op basis van plasma dat in die lidstaat is ingezameld.

143

Voorzieningenrechter Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba

24 mei 2017, nr. K.G. 750 van 2017,
ECLI:NL:OGEEA:2017:402
(mr. Noordhuizen)

Heraanbesteding. Overeenkomst. Belangenafweging. Aanbestedingsplicht

Eind 2012 heeft UO-AZV het verstrekken van diabetes hulpmiddelen aan AZV verzekerden openbaar aanbesteed. Het contract is in januari 2013 gegund aan MCA Botica Eagle N.V h.o.d.n. Botica di Servicio (hierna: Botica di Servicio). Ook Oduber heeft meegedongen in de aanbestedingsprocedure maar heeft zich vrijwillig teruggetrokken.

Botica di Servicio heeft met Oduber gecontracteerd met betrekking tot de levering van diabetes hulpmiddelen, die dan vervolgens weer aan daarvoor in aanmerking komende AZV verzekerden werden verstrekt.

Bij e-mail van 10 februari 2017 heeft Botica di Servicio aan Oduber laten weten niet langer diabetes hulpmiddelen van haar af te nemen.

Het contract tussen UO-AZV en Botica di Servicio loopt tot 1 april 2019.

De voorzieningenrechter zal niet treden in de vraag of UO-AZV gehouden was om begin 2017 een openbare aanbestedingsprocedure te starten omdat sprake zou zijn van een nieuw contract of UO-AZV gehouden zou zijn door tijdsverloop hoe dan ook de verstrekking van diabetes hulpmiddelen opnieuw openbaar aan te besteden. Noch treedt de voorzieningenrechter in de vraag of het niet voldoen aan een openbare aanbestedingsplicht in het onderhavige geval leidt tot nietigheid van het in strijd daarmee gesloten contract.

Ook als UO-AZV wel tot aanbesteding zou zijn gehouden, hetgeen in kort geding overigens niet met voldoende mate van zekerheid kan worden vastgesteld, moet de vordering worden afgewezen. Daartoe is redengevend dat de belangen van Oduber afgezet tegen het belang van UO-AZV zelf en het belang van zijn verzekerden, dat hij op grond van de Landsverordening algemene ziektekostenverzekering moet behartigen, alsook het belang van Botica di Servicio, die geen partij is in deze procedure maar van toewijzing van het gevorderde wel direct gevolgen zou ondergaan en die gevolgen bovendien mogelijk weer zal afwentelen op UO-AZV, te licht weegt.

Daarenboven neemt de voorzieningenrechter nog in overweging dat UO-AZV belangrijk goedkoper uit is met de nieuwe diabetes hulpmiddelen. Oduber stelt in dat verband dat zij de nieuwe meters nog goedkoper kan leveren dan Botica di Servicio maar de vordering strekt er niet toe om Oduber daartoe in staat te stellen. Bovendien zou Oduber op korte termijn nog steeds met haar voorraad Abbott producten blijven zitten.

Het omwisselen van hulpmiddelen is al in gang gezet. UO-AZV en Botica di Servicio werken al sinds februari 2017 onder vigeur van het 'nieuwe contract' (voor zover van nieuw sprake is) samen. Toewijzen van de vordering zou erop neerkomen dat de levering van diabetes hulpmiddelen (deels) weer zou moeten worden teruggedraaid. Dat het om een in het kader van de belangenafweging verwaarloosbaar aantal verzekerden zou gaan is voorshands niet gebleken. Bovendien moet er in kort geding rekening mee worden gehouden, dat Botica di Servicio meer doet dan alleen maar diabetes hulpmiddelen verstrekken. In kort geding is niet voldoende gemotiveerd weersproken dat het contract van UO-AZV met Botica di Servicio ook dienstverlening aan verzekerden (met name therapiebegeleiding voor nieuwe patiënten en patiënten die weinig therapietrouw aan de dag leggen) omvat waarvan voorshands niet gebleken is dat Oduber daar toe ook in staat is. Oduber bagatelliseert die dienstverlening maar in kort geding kan niet worden vastgesteld dat zij daarin gelijk heeft.

De voorzieningenrechter stelt vast dat Oduber in 2012/2013 uit de aanbestedingsprocedure is gestapt. De voorzieningenrechter gaat ervan uit dat dit samenhang met het feit dat voor die aanbesteding gezocht werd naar een contractant die niet alleen diabetes hulpmiddelen zou verstrekken maar ook daarmee samenhangende (paramedische) diensten aan verzekerden zou verlenen. Oduber stelt dat zij inmiddels die diensten ook kan verlenen, eventueel in samenwerking met derden. In

kort geding is dat evenwel niet voldoende gebleken. Dat brengt met zich mee dat op dit moment ook onvoldoende aannemelijk is, dat een nieuw contract na aanbesteding aan Oduber zou (moeten) worden gegund.

Dat is eens te meer een reden waarom Oduber onvoldoende spoedeisend belang heeft bij haar vorderingen. Deze zullen dus worden afgewezen.

de naamloze vennootschap

ODUBER AGENCIES N.V.,

te Aruba,

hierna ook te noemen: Oduber,

gemachtigde: de advocaat mr. J.M. de Cuba,

tegen:

HET UITVOERINGSORGAAN ALGEMENE

ZIEKTEKOSTENVERZEKERING,

te Aruba,

hierna ook te noemen: UO-AZV,

gemachtigde: de advocaat mr. J.P. Sjiem Fat.

De volledige uitspraak is te raadplegen op opmaat.sdu.nl.

144

Vilniaus apygardos teismas (regionale rechter Vilnius, Litouwen)

27 april 2017, zaak C-567/15 verzoek om een prejudiciële beslissing (Concl. M. Campos Sánchez-Bordona)
(n.v.t.)

(Concl. A-G Campos Sánchez-Bordona)

Aanbestedende dienst. Publiekrechtelijke instelling. In house-gunning.

[Richtlijn 2004/18/EG art. 2; Richtlijn 2004/17/EG art. 1; Richtlijn 2014/24/EU art. 12]

De vragen van de verwijzende rechter rijzen in het kader van een geding gericht tegen een openbare aanbesteding die met voorbijgaan van de richtlijnen is uitgeschreven door een naamloze vennootschap (hierna: VLRD) waarvan het kapitaal volledig in handen is van het staatsbedrijf der Litouwse Spoorwegen (hierna: LG) (waarvan de hoedanigheid van aanbestedende dienst niet ter discussie staat), waaraan eerstbedoelde onderneming goederen levert en diensten verleent. Ondanks haar banden met de moedermaatschappij ontkent VLRD dat zij een 'publiekrechtelijke instelling' in de zin

van de aanbestedingsrichtlijnen is, aangezien zij niet is opgericht 'met het doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn'.

Prejudiciële vragen

Eerste prejudiciële vraag

1. Rechtstreeks (of indirect) vervullen van behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn

Tussen partijen is onbetwist dat VLRD voldoet aan twee van de drie voorwaarden om te worden aangemerkt als een 'publiekrechtelijke instelling' (en dus als een 'aangebodende dienst') overeenkomstig artikel 2 lid 1 onder a) Richtlijn 2004/17 en artikel 1 lid 9 tweede alinea Richtlijn 2004/18.

VLRD vervult namelijk de tweede en de derde van die drie voorwaarden, waaraan cumulatief moet zijn voldaan: zij heeft eigen rechtspersoonlijkheid en een andere publiekrechtelijke instelling (LG) heeft onloochenbaar een actief aandeel in haar financiering, het toezicht op haar beheer of de samenstelling van haar bestuurs-, leidinggevend of toezichthoudend orgaan. Er is daarentegen geen eensgezindheid over het vereiste dat VLRD 'is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn'.

Alleen de verwijzende rechter kan beoordelen of VLRD, gelet op alle relevante elementen, feitelijk en rechtens, voorziet in een behoefte van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard is. Bijgevolg moet het Hof zich er misschien toe beperken de verwijzende rechter te antwoorden dat hij, behalve aan de vraag of VLRD op marktvoorwaarden werkt, bijzondere aandacht dient te besteden aan onder meer de vraag of die onderneming grotendeels door de overheid wordt gefinancierd, of zij een winsttoegmerk heeft en of zij de aan haar beheer verbonden risico's (en verliezen) draagt. Dat zijn aspecten waarover de verwijzende rechter niet veel aanwijzingen heeft verstrekt, maar waarop hij moet ingaan wil hij zich kunnen uitspreken over de aard van de activiteiten van die onderneming.

Uit de informatie in het dossier en die welke ter terechtzitting is verschaft, kan in elk geval worden opgemaakt dat VLRD het merendeel van haar activiteiten (90 % daarvan in de relevante periode) verricht binnen het economische kader van een monopolie voor de levering van treinen aan LG, dat wil zeggen onder andere dan marktvoorwaarden.

2. Vervullen van behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn in geval van inhousegunning

Het voorgaande suggereert dat VLRD kan worden aangemerkt als een aanbestedende dienst in de reeds uiteengezette zin. De gestelde vraag kan echter ook vanuit een andere invalshoek worden benaderd. In dat kader dient de aard van de activiteiten van VLRD en LG even buiten beschouwing te blijven en dient te worden ingegaan op de verhouding tussen de twee ondernemingen teneinde te bepalen of VLRD een uitvoerend orgaan (of een eigen middel) van LG is, en in aanmerking komt voor de zogeheten 'inhouseuitzondering'.

De verhouding tussen LG en VLRD maakt op zich al een belangrijke uitzondering mogelijk op de toepassing van de Unieregeling op hun interne transacties, die worden geacht van niet-contractuele aard te zijn. Als VLRD er daarenboven van wordt ontheven die regeling toe te passen op transacties die formeel gesproken van externe aard zijn, welke zij aangaat met derden, maar die in werkelijkheid deel uitmaken van de omzet van de tandem LG/VLRD, dan kan de inhouseuitzondering een onverwachte omvang aannemen.

Met andere woorden, de aanbestedende dienst kan binnen de reeds aangegeven grenzen uitvoerende organen belasten met bepaalde taken waarvoor in beginsel een aanbesteding moet worden uitgeschreven, maar waarvoor een vrijstelling geldt. Gelet op de rechtspraak van het Hof (en thans artikel 12 lid 1 Richtlijn 2014/24), is die uitzondering, op zichzelf beschouwd, uit juridisch oogpunt niet betwistbaar. Wanneer die uitvoerende organen van hun kant niet over voldoende middelen beschikken om de hun door de aanbestedende dienst opgedragen taken zelf tot een goed einde te brengen en zich verplicht zien om te dien einde een beroep te doen op derden, verdwijnen de redenen die de inhouseuitzondering rechtvaardigen evenwel en komt er in werkelijkheid een verhulde openbare (onder)aanbesteding aan het licht, waarbij de aanbestedende dienst via een tussenpersoon (het uitvoerende orgaan) goederen en diensten van derden verkrijgt zonder de richtlijnen in acht te nemen die de aanbesteding van de betrokken opdrachten horen te regelen.

Dat zou in casu het geval zijn. Transacties van LG die, was VLRD er niet geweest, noodzakelijkerwijs met toepassing van de regeling inzake het plaatsen van overheidsopdrachten hadden moeten plaatsvinden (indien het overheidsbedrijf ze rechtstreeks had gesloten), zouden aan die regeling ontsnappen omdat zij aan een andere onderneming zijn toe te rekenen, hoewel deze laatste materieel gesproken

zodanige banden heeft met LG dat beide zich voor hun onderlinge transacties op de inhouseuitzondering kunnen beroepen.

De banden tussen LG en VLRD mogen dan van die aard zijn dat toepassing van de inhouseuitzondering op hun onderlinge transacties gerechtvaardigd is, VLRD kan zich voor de externe transacties die noodzakelijk zijn opdat zij de haar door LG opgedragen taken kan vervullen, niet onttrekken aan de aanbestedingsrichtlijnen (voor zover de waarde daarvan de toepassingsdrempel overschrijdt). Anders zou LG de gevolgen van haar status van aanbestedende dienst kunnen ontwijken door haar activiteiten eenvoudigweg te reorganiseren middels oprichting van VLRD.

Bijgevolg hoeft volgens mij niet te worden nagegaan of VLRD een publiekrechtelijke instelling is wegens het feit dat zij zelf behoeften van algemeen belang vervult die niet van industriële of commerciële aard zijn, aangezien de conclusie moet luiden dat zij dat doet voor zover zij functioneel gesproken een geheel vormt met een onderneming (LG) die in dat soort behoeften voorziet en waarvoor zij actief is onder de inhouseregeling.

Tweede prejudiciële vraag

Voor het geval dat het Hof besluit de eerste vraag bevestigend te beantwoorden, wenst de Vilniaus apygardos teismas te vernemen of een onderneming als VLRD de status van aanbestedende dienst verliest wanneer de waarde van de diensten die zij middels inhousetransacties voor LG verricht, daalt en minder dan 90% of niet langer het grootste gedeelte van haar totale omzet uitmaakt.

Die vraag is zuiver hypothetisch (en in zoverre niet-ontvankelijk), aangezien in het hoofdgeding geen toekomstige situatie wordt beslecht, maar de situatie zoals die bestond toen VLRD de aankondiging van een opdracht bekendmaakte voor de levering van staven ferrometaal (2013). In het hoofdgeding is immers alleen de nietigverklaring van die concrete, door LitSpecMet aangevochten aanbestedingsprocedure aan de orde.

In die hypothetische toekomst zou richtlijn 2014/24 de toepasselijke regeling zijn, en zou op basis van de criteria en de vereisten daarvan moeten worden onderzocht of VLRD ook dan moet worden aangemerkt als een aanbestedende dienst.

Conclusie

Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging om de vragen van de Vilniaus apygardos teismas (regionale rechter Vilnius, Litouwen) te beantwoorden als volgt:

Artikel 2 lid 1 onder a) 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 en artikel 1 lid 9 tweede alinea 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 moeten aldus worden uitgelegd dat:

a) een onderneming die zodanige materiële en functionele banden onderhoudt met een aanbestedende dienst dat toepassing van de inhouseuitzondering gerechtvaardigd is voor hun interne transacties, niettemin aan die richtlijnen is onderworpen wanneer zij opdrachten voor werken, leveringen of diensten plaatst bij derden ter vervulling van de taak waarmee zij door de aanbestedende dienst is belast; en

b) die onderneming hoe dan ook als een publiekrechtelijke instelling moet worden aangemerkt wanneer zij rechtspersoonlijkheid heeft, onder toezicht staat van een aanbestedende dienst en het merendeel van haar activiteiten erin bestaat die aanbestedende dienst, zonder druk van mogelijke concurrenten en onder andere dan marktvoorwaarden, te beleveren met rollend materieel, zodat hij de dienst op het gebied van personen- en goederenvervoer waarmee hij is belast, kan volbrengen.

UAB „LitSpecMet“
tegen

UAB Vilniaus lokomotyvų remonto depas,
in tegenwoordigheid van:

UAB „Plienmetas“

De volledige uitspraak is te raadplegen op opmaat.sdu.nl.

145

Consiglio di Stato (Italië)

11 mei 2017, zaak C-223/16 verzoek om een prejudiciële beslissing (Concl. N. Wahl) (n.v.t.) (Concl. A-G mr. Wahl)

Beroep op derden/onderaannemers. Gelijkeheidsbeginsel. Transparantiebeginsel. Wezenlijke wijziging. Evenredigheidsbeginsel.

[Richtlijn 2004/18/EG art. 47, 48; Richtlijn 2014/24/EG art. 63]

Bij aankondiging van een opdracht heeft de *Provveditorato Interregionale per le opere pubbliche della Campania e del Molise (interregionale dienst aanbestedingen van werken voor Campania en Molise)* een openbare procedure gestart voor het plaatsen van een opdracht voor de planning van de uitvoering, de veiligheidscoördinatie in de planningsfase en de uitvoering van werken voor het project 'La Bandiera Blu' in het kustgebied van Domitio, te gunnen aan de inschrijver met de economisch voordeligste inschrijving.

Een uit Casertana Costruzioni Srl en Qatar Costruzioni Srl bestaande *Raggruppamento Temporaneo d'Imprese* (een ad hoc opgericht consortium van inschrijvers, hierna: RTI) nam deel aan die procedure. Om aan de vereisten inzake de relevante certificeringsklasse te voldoen, beriep dit consortium zich op de certificaten van twee derde ondernemingen. Een van die ondernemingen was *Consorzio Stabile Grandi Attività Progettuali* (hierna: *Consorzio Stabile GAP*).

Na afloop van de aanbestedingsprocedure werd de opdracht gegund aan RTI *Consorzio Stabile Infratech – SIBA SpA – Idroeco Srl*, terwijl RTI *Casertana Costruzioni – Qatar Costruzioni* als tweede was geplaatst.

Vraag

Staan artikel 47 lid 2 en artikel 48 lid 3 Richtlijn 2004/18/EG, zoals vervangen door artikel 63 Richtlijn 2014/24/EU, in de weg aan een nationale regeling die uitsluit, dan wel als zodanig kan worden uitgelegd, dat een ondernemer, namelijk de entiteit die op de aanbesteding inschrijft, een andere onderneming kan aanwijzen in de plaats van de oorspronkelijk als 'nevenonderneming' opgegeven onderneming die niet langer of niet meer volledig aan de vereisten voor inschrijving voldoet, met als

gevolg dat de ondernemer van de aanbesteding wordt uitgesloten wegens een feit dat objectief noch subjectief aan hem te wijten is?

Conclusie A-G

Het gaat in het hoofdgeding om een situatie waarin een derde de vereiste draagkracht of bekwaamheden verliest na het verstrijken van de termijn voor ontvangst van de inschrijvingen, maar vóór de definitieve gunning van de opdracht door de overheidsinstantie.

De A-G is van mening dat er geen Unieregeling of algemeen rechtsbeginsel bestaat op grond waarvan de nationale autoriteiten gehouden zijn inschrijvers in een dergelijke situatie in de gelegenheid te stellen de derde die de vereiste draagkracht of bekwaamheden heeft verloren, te vervangen. Om de hieronder uiteengezette redenen is de betrokken nationale regeling, ook vanuit dat perspectief bezien verenigbaar met het Unierecht.

Artikel 63 Richtlijn 2014/24 als uitleggingscriterium

Ondanks dat Richtlijn 2014/24 niet van toepassing is, stelt Casertana Costruzioni zich op het standpunt dat artikel 47, lid 2 en artikel 48 lid 3 Richtlijn 2014/18 moeten worden uitgelegd in het licht van artikel 63 Richtlijn 2014/24. Volgens haar is dit in het bijzonder het geval omdat laatstgenoemde bepaling overeenstemt met de artikelen 47 en 48 Richtlijn 2014/18.

Doordat ondernemers wordt toegestaan entiteiten te vervangen die moeten worden uitgesloten of die niet aan de relevante criteria voldoen, worden bij artikel 63 lid 1 Richtlijn 2014/24 duidelijk nieuwe elementen geïntroduceerd in vergelijking met de regelingen van artikel 47 lid 2 en artikel 48 lid 3 Richtlijn 2014/18.

Artikel 63 Richtlijn 2014/24 kan in casu niet worden gebruikt als criterium voor de uitlegging van artikel 47 lid 2 en artikel 48 lid 3 van Richtlijn 2014/18.

Artikel 47 lid 2 en artikel 48 lid 3 Richtlijn 2014/18

De mogelijke vervanging van een derde op wiens draagkracht of bekwaamheden een inschrijver een beroep heeft gedaan in de zin van artikel 47 lid 2 en artikel 48 lid 3 Richtlijn 2014/18 is een aspect dat in beginsel door de lidstaten kan worden geregeld. In dit verband zij eraan herinnerd dat Richtlijn 2014/18 een instrument van minimumharmonisatie is.

Tegen deze achtergrond zou men zich echter kunnen afvragen of de betrokken nationale regeling niet toch in strijd kan zijn met Richtlijn 2014/18, met name gelet op de algemene beginselen van het Unierecht.

De A-G geeft aan dat die vraag ontkennend moet worden beantwoord. De argumentatie van Casertana Costruzioni, die voornamelijk op de bepalingen van Richtlijn 2014/18, het evenredigheidsbeginsel en overmacht steunt, is niet overtuigend. De bedoelde regeling lijkt volledig in overeenstemming met de bepalingen van Richtlijn 2014/18, zoals uitgelegd door het Hof.

Beginselen van gelijke behandeling en transparantie

De vervanging van een entiteit op wier draagkracht of bekwaamheden een inschrijver een beroep wenste te doen, kan niet worden beschouwd als precisering van zijn inschrijving of als rechtzetting van verschrijvingen daarin. Een dergelijke vervanging moet veeleer worden geacht een wijziging van een wezenlijk element van de inschrijving te zijn, die in beginsel niet is toegestaan.

Dit standpunt heeft ook advocaat-generaal Bobek ingenomen in zijn recente conclusie in de zaak Esaprojekt, waarin hij deze kwestie belicht vanuit het perspectief van artikel 51 Richtlijn 2014/18. Hij was van mening dat 'het een inschrijver in beginsel niet kan worden toegestaan om aan te tonen dat hij voldoet aan de technische en vakbekwaamheidsvereisten van een aanbesteding door een beroep te doen op de ervaring van derden, die niet vóór het verstrijken van de inschrijvingstermijn is vermeld'. Volgens hem wordt, indien de inschrijver een beroep doet op een andere derde, 'de identiteit van de entiteiten die de opdracht verrichten, althans op wier ervaring voor de verrichting ervan een beroep wordt gedaan, [...] gewijzigd'. Naar zijn mening is er in dat geval sprake van 'een substantiële wijziging die een cruciaal onderdeel van de procedure raakt'.

Bovendien overwoog hij dat een dergelijke wijziging de noodzaak van extra verificaties door de aanbestedende dienst met zich kan brengen en zelfs van invloed kan zijn op de keuze van de gegadigden aan wie wordt gevraagd een offerte in te dienen. Voorts merkte de advocaat-generaal op dat indien een inschrijver een tweede kans wordt geboden om een entiteit aan te wijzen op wier draagkracht of bekwaamheden hij een beroep wenst te doen, dit "hem zonder meer een voordeel [kan opleveren] dat onverenigbaar is met het vereiste van gelijke behandeling".

De A-G is het hiermee eens en voegt hieraan toe dat indien men meegaat in de redenering van Casertana Costruzioni dit er in wezen op zou neerkomen dat men in de rechtspraak een regeling aanvaardt waarbij een mogelijkheid tot wijziging van inschrijvingen in een vergevorderd stadium van

de aanbestedingsprocedure wordt geboden, een mogelijkheid die in het licht van de toepasselijke nationale en Unievoorschriften onvoorzienbaar was voor andere inschrijvers. Zoals gezegd zou dit niet alleen moeilijk verzoenbaar zijn met het beginsel van gelijke behandeling. Het zou evenmin verenigbaar zijn met de op overheidsinstanties rustende transparantieplichting. De ten tijde van de feiten geldende Italiaanse en Europese voorschriften voorzagen dan ook niet in een dergelijke mogelijkheid. Evenmin was in de uitnodiging tot inschrijving een specifieke bepaling van die strekking opgenomen.

Deze uitlegging van artikel 47 lid 2 en artikel 48 lid 3 Richtlijn 2004/18 wordt bevestigd door andere uitspraken van het Hof.

Evenredigheidsbeginsel

Verder betoogt Casertana Costruzioni dat de betrokken nationale regeling in strijd is met het evenredigheidsbeginsel. Zij betoogt dat een dergelijke regeling verder gaat dan hetgeen noodzakelijk is ter bereiking van de door Richtlijn 2004/18 nagestreefde doelen, met inbegrip van het doel om de markt voor overheidsopdrachten open te stellen voor alle ondernemingen, ongeacht hun omvang. De AG ziet niet in hoe de door Casertana Costruzioni voorgestane uitlegging van artikel 47 lid 2 en artikel 48 lid 3 Richtlijn 2004/18 kan worden geschraagd door het evenredigheidsbeginsel. Eenvoudig gezegd stelt Casertana Costruzioni in werkelijkheid geen lezing van die bepalingen in het licht van dat beginsel voor, maar verwijst zij slechts naar dat beginsel om een nieuwe regel te introduceren die niet aan die bepalingen kan worden ontleend: een regel die in werkelijkheid pas bij Richtlijn 2014/24 is ingevoerd.

Conclusie

De AG geeft het Hof in overweging om de prejudiciële vraag van de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië) als volgt te beantwoorden: de artikelen 47 en 48 van richtlijn 2004/18/EG moeten aldus worden uitgelegd dat zij zich niet verzetten tegen een nationale regeling waarbij een inschrijver automatisch van de aanbestedingsprocedure wordt uitgesloten wanneer hij een beroep heeft gedaan op de draagkracht of de bekwaamheden van een andere entiteit wanneer deze entiteit de vereiste draagkracht of bekwaamheden vervolgens verliest.

Casertana Costruzioni Srl
tegen
Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti -
Provveditorato Interregionale per le opere pubbliche
della Campania e del Molise
Azienda Regionale Campana per la Difesa del Suolo
- A.R.CA.DI.S.
in tegenwoordigheid van:
Consorzio Stabile Infratech,
W.E.E. Water Environment Energy SpA,
Massimo Fontana,
Studio Tecnico Associato Thinkd,
Claudio Della Rocca,
Nicola Maione,
Vittorio Ciotola,
FIN.SE.CO SpA,
Edilgen SpA,
Site Srl

De volledige uitspraak is te raadplegen op opmaat.sdu.nl.

146

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
23 mei 2017, nr. 200.206.953/01,
ECLI:NL:GHARL:2017:4396
(mr. Kuiper, mr. Wiggers-Rust, mr. Wassenaer
van Catwijck)

**Selectiefase. Beoordeling selectiecriteria.
Audit. Uitvoeringseisen.**

Gasunie heeft in 2015 een aanbesteding uitgeschreven voor de levering en het onderhoud van turbine gasmeters. De aanbestedingsprocedure is gemiddeld als een onderhandelingsprocedure met aankondiging.

FMG heeft zich aangemeld voor de aanbesteding. Op 24-26 mei 2016 heeft een bezoek van Gasunie plaatsgevonden, dat door Gasunie is aangeduid als een audit, waarbij medewerkers van Gasunie FMG hebben beoordeeld.

Op 6 september 2016 heeft Gasunie haar auditrapport over FMG naar buiten gebracht. Het rapport bevat kritiek op het productie- en kwaliteitssysteem van FMG. Op 4 oktober 2016 heeft Gasunie FMG bericht dat de inschrijving van FMG terzijde wordt gelegd, omdat het auditteam heeft geconstateerd dat FMG niet voldoet aan wet- en regelgeving.

Daarmee is volgens Gasunie gebleken dat FMG, in tegenstelling tot het in het aanbestedingsdocument gestelde, ten onrechte heeft verklaard te voldoen aan wet- en regelgeving.

Eerste aanleg

Volgens de voorzieningenrechter heeft Gasunie het beginsel van gelijke behandeling en het daarmee samenhangende transparantiebeginsel geschonden door niet aan te geven wat de gevolgen van een tussentijdse audit waren in de fase tussen selectie en gunning van de opdracht. Nu de aanbestedingsdocumenten daaromtrent geen duidelijkheid verschaffen, behoefden de inschrijvers er geen rekening mee te houden dat een negatieve uitkomst van de tussentijdse audit tot terzijdelegging van de inschrijving zou kunnen leiden.

Uitgangspunten beoordeling

In de kern komt het geschil er op neer dat Gasunie, naar aanleiding van de audit-inspectie stelt het vertrouwen in FMG voor wat betreft de levering van turbine gasmeters te hebben verloren. Het hof dient de vraag te beantwoorden of aannemelijk is dat Gasunie aanbestedingsrechtelijk de inschrijving van FMG mocht uitsluiten op het moment en met de motivering zoals zij dat op 4 oktober 2016 heeft gedaan. Centraal staan daarbij de betekenis van de audit en de aard van de grond (selectie-eis, uitsluitingsgrond of uitvoeringseis) waarop FMG is uitgesloten.

Als uitgangspunt geldt dat het aanbestedingsrecht twee centrale beginselen kent: het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers en het daarvan afgeleide transparantiebeginsel. Daarnaast dient eveneens acht te worden geslagen op de bewoordingen van de Guideline.

Grondslag audit

Het hof stelt, met de voorzieningenrechter, vast dat de door Gasunie opgestelde aanbestedingsdocumenten niet uitblinken in helderheid op de hier ter discussie staande onderdelen. De audit zoals die op 24-26 mei 2016 heeft plaatsgevonden is, naar tussen partijen vast staat, geen audit als bedoeld in de voorwaarden geformuleerd op pagina 8 van de Guideline. Laatstbedoelde audit, na de preliminary award decision is de enige audit die voorkomt in het tijdspad van paragraaf 4.1 van de Guideline. De grondslag voor de gehouden audit is volgens Gasunie vraag 18 van de questionnaire behorende bij het aanmeldformulier van FMG in de selectiefase. Dit punt: "Within 30 days after selection an audit will be possible" is evenwel dubbelzinnig geformuleerd en is door FMG – bepaald

niet onbegrijpelijk – opgevat in die zin dat deze audit alleen mogelijk was binnen 30 dagen na de selectiebeslissing van 25 september 2015. In die opvatting was de mogelijkheid voor deze audit na 25 oktober 2015 verstreken. In de opvatting van Gasunie houdt deze bepaling in dat vanaf 30 dagen na aankondiging er een audit mogelijk zou zijn. Deze uitleg acht het hof grammaticaal bepaald minder voor de hand liggend. Op de vragen die FMG daarover heeft gesteld heeft Gasunie in ieder geval niet schriftelijk geantwoord.

Daarbij gaat het volgens Gasunie voorts om een verificatie-audit van alle door FMG verstrekte informatie, ook de informatie die in het kader van de eigenlijke inschrijving is verstrekt.

Het hof deelt de opvatting van FMG dat zij daarop al in het geheel niet bedacht had hoeven te zijn. Zulks staat immers nergens in de aanbestedingsdocumenten. Uit de door Gasunie gehanteerde systematiek van een selectiefase en een eigenlijke inschrijvingsfase, volgt veeleer dat de in geding zijnde audit hoogstens betrekking kon hebben op de verstrekte informatie in het kader van de selectiefase. De bijlagen gevoegd bij de Guideline waaraan de inschrijving moet voldoen, kwalificeren naar 's hofs oordeel als uitvoeringseisen en niet als selectie- of geschiktheidseisen. Op het nog niet voldoen aan de uitvoeringseisen mocht Gasunie niet een beslissing tot uitsluiting van de inschrijving baseren.

Ook indien de audit zou dienen ter verificatie van de verstrekte informatie over de uitsluitingsgronden, de kwalificatie- en de selectiecriteria, dan nog maken de aanbestedingsdocumenten dat niet mogelijk, nu de mogelijkheid tot de desbetreffende audit hoe dan ook was voorzien en ook heeft plaatsgevonden ná de selectiebeslissing van 25 september 2015, waarbij het onderzoek naar die criteria in beginsel was afgerond. Dat Gasunie op elk moment een nader onderzoek zou mogen verrichten en op grond daarvan de selectiebeslissing zou mogen heroverwegen, heeft Gasunie in de aanbestedingsdocumenten niet opgenomen.

Uit het voorgaande volgt dat voor de audit zoals die op 24-26 mei 2016 is gehouden en voor het gebruik van de resultaten van die audit om FMG alsnog uit te sluiten van de opdracht, er geen deugdelijke grondslag in de aanbestedingsdocumenten valt aan te wijzen. Gasunie heeft dan ook op die punten in strijd met de hiervoor aangeduide aanbestedingsrechtelijke beginselen van transparantie en gelijke behandeling gehandeld. Daarbij komt dat het hier niet gaat om onmiskenbaar foutief verstrekte informatie waarbij FMG materieel bedrog heeft gepleegd ten opzichte van Gasunie.

In dat geval zouden de hiervoor benoemde tekortkomingen van Gasunie mogelijk gerelativeerd moeten worden.

Slotsom

Het hof acht gelet op het voorgaande aannemelijk dat Gasunie aanbestedingsrechtelijk de inschrijving van FMG niet mocht uitsluiten op het moment en met de motivering zoals zij dat op 4 oktober 2016 heeft gedaan. Indien Gasunie de aanbestedingsprocedure hervat, zal zij ook met FMG moeten onderhandelen.

N.V. Nederlandse Gasunie, gevestigd te Groningen, appellante, in eerste aanleg: gedaagde, hierna: Gasunie, advocaat: mr. B.J. Korthals Altes-van Dijk, kantoorhoudend te Amsterdam, die ook heeft gepleit, tegen Flow Meter Group B.V., gevestigd te Hilversum, geïntimeerde, in eerste aanleg: eiseres, hierna: FMG, advocaat: mr. L.W.J.P.F. Einig, kantoorhoudend te Eindhoven, die ook heeft gepleit.

De volledige uitspraak is te raadplegen op opmaat.sdu.nl.

147

Rechtbank Midden-Nederland
13 september 2013, nr. C/16/348569/KG ZA
13-540, ECLI:NL:RBMNE:2013:8031
(mr. Slootweg)

Uitsluiting. Ernstige fout in de uitoefening van het beroep. Mededingingsrecht. Proportionaliteitsbeginsel.

[Mw art. 6; Bao art. 45]

Bestuur Regio Utrecht (hierna: BRU) heeft namens negen gemeenten op 11 maart 2013 een Europese aanbestedingsprocedure aangekondigd ter zake de 'Regiotaxi Utrecht Vervoer'.

Bij brief van 1 juli 2013 heeft BRU aan Transvision B.V. (hierna: Transvision) meegedeeld dat zij heeft besloten om Transvision uit te sluiten van deelname aan de aanbesteding en dat zij de inschrijving van Transvision ter zijde zal leggen. Onder verwijzing naar het besluit van de Raad van Bestuur van de NMa in de zaak met nummer 7131/222 heeft BRU overwogen dat Transvision heeft deelgenomen aan een kartel en daarmee een ernstige fout heeft begaan in de uitoefening van haar beroep. BRU heeft voorts aangegeven dat deze uitsluiting aansluit bij een functionele uitleg van het aanbestedingsrecht en dat het strijdig zou zijn met de door haar geuite intenties als twee ondernemingen die ieder voor zich niet mogen deelnemen aan de aanbesteding, te weten RMC en de BIOS-groep, wel zouden mogen deelnemen door middel van hun gemeenschappelijke dochteronderneming, zijnde Transvision. BRU heeft ten slotte gesteld dat er geen ruimte is voor het uitvoeren van een proportionaliteitstoets, maar als die ruimte er wel zou zijn de onderhavige uitsluiting geen disproportionele sanctie vormt.

Boete

De voorzieningenrechter stelt voorop dat uit het Aanbestedingsreglement, gelezen in samenhang met hetgeen dienaangaande in de Nota's van Inlichtingen is vermeld, volgt dat een ondernemer kan worden uitgesloten van deelneming in het geval die ondernemer zelf een ernstige fout heeft begaan en dat het opgelegd hebben gekregen van een boete op grond van de Mededingingswet (verder: Mw) een sterke aanwijzing vormt voor het aannemen van een dergelijke ernstige fout. BRU zal derhalve eerst aannemelijk dienen te maken dat Transvision een ernstige fout heeft begaan. In dit kader stelt de voorzieningenrechter vast dat aan Transvision geen boete is opgelegd.

Kartel

Ten aanzien van de stelling van BRU dat Transvision zich schuldig heeft gemaakt aan een overtreding van de Mw aangezien zij heeft deelgenomen aan een kartel, hetgeen eveneens een reden voor uitsluiting is, overweegt de voorzieningenrechter het volgende.

Met BRU stelt de voorzieningenrechter vast dat Transvision als zodanig is genoemd in voormeld besluit van de NMa. Verder staat vast dat Transvision een dochteronderneming is van RMC en de BIOS-groep. Anders dan BRU is de voorzieningenrechter evenwel van oordeel dat deze feiten nog niet maken dat ook Transvision zich schuldig heeft gemaakt aan de feitelijke handelingen, die hebben

geleid tot meergenoemd boetebesluit. De stelling van BRU dat de gedragingen van Transvision doorslaggevend zijn en niet het feit dat aan Transvision geen boete is opgelegd, moge verdedigbaar zijn, maar dan dienen die gedragingen in strijd met de Mw wel door BRU aannemelijk gemaakt te worden.

Geoordeeld wordt dat BRU in onvoldoende mate heeft onderbouwd op grond waarvan zij van mening is dat Transvision zich aan 'precies dezelfde gedragingen als RMC en de BIOS-groep' schuldig heeft gemaakt. Het boetebesluit van de NMa kan deze conclusie geenszins dragen, nu daarin ten aanzien van Transvision niet of nauwelijks méér is vermeld dan dat zij een dochteronderneming is van RMC en de BIOS-groep en dat een aantal personen betrokken is bij zowel Transvision als RMC en de BIOS-groep. Verder acht de voorzieningenrechter hierbij van belang dat is aangegeven aan wie de overtreding van artikel 6 Mw wordt toegekend. Niet in geding is dat Transvision daarbij niet wordt genoemd.

BRU heeft er voorts op gewezen dat Transvision met RMC en de BIOS-groep samenwerkt in een joint venture, hetgeen tot de conclusie moet leiden dat er sprake is (geweest) van een kartel. Deze stelling van BRU volgt de voorzieningenrechter evenmin. Hiertoe wordt geoordeeld dat in het boetebesluit is overwogen dat de samenwerking in de vorm van een joint venture in beginsel was toegestaan en dat vervolgens is aangegeven dat uitsluitend RMC en de BIOS-groep - en niet Transvision - de grens van wat mededingingsrechtelijk is toegestaan hebben overschreden. Geoordeeld wordt dan ook dat uit het boetebesluit niet kan worden afgeleid dat Transvision artikel 6 Mw heeft overtreden.

BRU heeft voorts gesteld dat RMC en/of de BIOS-groep op één lijn zijn te stellen met Transvision, zodat de gedragingen van de één ook aan de ander toegerekend moeten worden. Vast staat dat in de uitsluitingsgronden niet is vermeld dat gedragingen van een moederonderneming (ook) toegerekend dienen te worden aan de dochteronderneming. Dit kan evenmin worden afgeleid uit het Aanbestedingsreglement of uit de Nota's van Inlichtingen. Er zal derhalve op zijn minst genomen sprake moeten zijn van een laakbare gedraging van Transvision zelf. Dat Transvision een dergelijk gedrag heeft getoond, heeft BRU niet aannemelijk gemaakt. Dienaangaande wordt overwogen dat Transvision een zelfstandige onderneming is, waarvan genoegzaam is gebleken dat zij niet speciaal is opgericht om in het kader van de onderhavige aanbestedingsprocedure als 'vehikel' te dienen

om mee te kunnen doen. In voldoende mate is hierbij komen vast te staan dat het bestuur van Transvision niet uitsluitend bij (het bestuur van) RMC en/of de BIOS-groep ligt. Deze stelling van BRU dient derhalve te worden verworpen.

Toelichting Bao

De door BRU voorgestane toerekening verhoudt zich ook slecht tot de toelichting bij artikel 45 Bao, in welk artikel eveneens is bepaald dat een aanbestedende dienst een ondernemer van deelneming aan een overheidsopdracht kan uitsluiten, wanneer er sprake is van een ernstige fout, vastgesteld op een grond die de aanbestedende dienst aannemelijk kan maken (lid 3, sub d). In deze toelichting is immers vermeld dat deze uitsluitingsgrond niet ziet op een verplichting om uit te sluiten, maar dat deze de mogelijkheid biedt om een ondernemer uit te sluiten. Hieraan is toegevoegd: 'De beoordeling of daadwerkelijk tot uitsluiting wordt overgegaan en voor hoe lang die uitsluiting geldt, dient gelet op de algemene uitgangspunten van de aanbestedingsrichtlijnen steeds proportioneel en niet-discriminatoire te zijn.' Verder is hierbij nog vermeld dat er steeds sprake moet zijn van maatwerk en dat een gegadigde of inschrijver niet automatisch kan worden uitgesloten wanneer zijn moederbedrijf fraude heeft gepleegd.

Dit leidt voorts tot het oordeel dat de stelling van BRU dat er geen ruimte is voor een proportionaliteitstoets niet kan worden gevolgd.

Conclusie

Al het vorenstaande leidt tot de conclusie dat het verweer van BRU niet kan slagen.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid TRANSVISION BV,
gevestigd te Gorinchem,
eiseres,
advocaten mr. P.F.C. Heemskerk en mr. C.H. van Hulsteijn,
tegen
de publiekrechtelijke rechtspersoon BESTUUR REGIO UTRECHT,
zetelend te Utrecht,
gedaagde,
advocaat mr. G. Verberne en mr. P.W. Juttmann.

De volledige uitspraak is te raadplegen op opmaat.sdu.nl.

148

Rechtbank Den Haag
31 mei 2017, nr. C/09/515624/HA ZA 16-894,
ECLI:NL:RBDHA:2017:5836
(mr. Hartendorp)

Inschrijfkosten. Onrechtmatige daad. (On-)geldigheid inschrijving. Vordering tot schadevergoeding onderaannemer.

[BW art. 6:162, 6:163]

Pectore B.V. (hierna: Pectore) exploiteert een consultancybedrijf dat zich bezighoudt met geïntegreerd softwaremanagement, organisatieadvies en adviesdiensten op het gebied van het veilig werken op hoogte.

In mei 2015 is het Rijksvastgoedbedrijf (hierna: RVB) gestart met een nieuwe aanbestedingsprocedure "Veilig Werken op Hoogte 2" (hierna: Hoogte 2). In de selectiefase van Hoogte 2 hebben zich voor Perceel 1 aangemeld Grontmij, Arcadis en Base Consultancy (hierna: Base).

Grontmij heeft zich in het kader van haar aanmelding beroepen op de technische bekwaamheid van Pectore. Laatstgenoemde heeft zelf geen verzoek tot toelating tot Hoogte 2 ingediend – ook niet tezamen met Grontmij – en is ook niet uitgenodigd tot het doen van een inschrijving. Pectore heeft voor Grontmij het plan van aanpak geschreven en de casus uitgewerkt.

Op 17 juli 2015 zijn voor perceel 1 Grontmij, Arcadis en Base uitgenodigd voor deelname aan de inschrijvingsfase en is de 'Leidraad voor de Uitnodiging tot inschrijving' aan deze partijen verzonden. Alle partijen hebben een voorlopige inschrijving en na een onderhandelingsgesprek met het RVB een definitieve inschrijving ingediend.

In paragraaf 3.2 van de Leidraad is onder meer bepaald dat een inschrijver geen recht heeft op een vergoeding van gemaakte kosten voor de inschrijving.

Bij brief van 29 oktober 2015 heeft het RVB het voorlopig gunningsbesluit aan de inschrijvers meegedeeld. In de brief aan Grontmij is meegedeeld dat zij niet de economisch meest voordelige inschrijving heeft gedaan.

Op 23 december 2015 heeft Grontmij een e-mailbericht aan de Staat toegezonden, waaruit blijkt dat een (externe) beoordelaar van het RVB e-mailberichten heeft toegezonden aan de directeur van Eurosafe, een inschrijver op de percelen 2 en 3.

Bij brief van 25 februari 2016 heeft het RVB aan Grontmij onder meer meegedeeld dat zij heeft besloten de aanbesteding op alle percelen af te breken en niet tot gunning over te gaan.

Causaal verband

Vaststaat dat Pectore ten behoeve van de inschrijving door Grontmij in de aanbestedingsprocedure Hoogte 2 waarover deze zaak gaat, werkzaamheden voor Grontmij heeft verricht, maar dat Pectore niet zelf als gegadigde of inschrijver heeft deelgenomen aan deze aanbestedingsprocedure. Deze stand van zaken brengt mee dat Pectore (in deze procedure) niet zelfstandig kan opkomen tegen besluiten die het RVB heeft genomen in het kader van de aanbestedingsprocedure Hoogte 2. De rechtsverhouding tussen Pectore en de Staat wordt dan ook niet wordt rechtstreeks beheerst door het aanbestedingsrecht, maar door de regels van onrechtmatige daad.

Tussen partijen is niet in geschil dat de aanbestedingsprocedure een aantal onregelmatigheden heeft gekend. De (externe) beoordelaar die namens het RVB de inschrijvingen heeft getoetst, heeft lopende de procedure meermaals contact gehad met één van de inschrijvers. Dit is in strijd met (de beginselen van) het aanbestedingsrecht. Deze onregelmatigheden zijn uiteindelijk voor het RVB reden geweest de gehele aanbesteding in te trekken. Als gevolg van dit besluit staat Pectore met 'lege handen', terwijl zij, zo wordt gesteld, wel aanzienlijke kosten heeft moeten maken ten behoeve van de aanbesteding en het bijzonder het uitwerken van de casus. Deze hele gang van zaken, zo stelt Pectore, is onzorgvuldig jegens haar geweest en kwalificeert als een onrechtmatige daad van de Staat.

Voor de vraag in welke positie Pectore zou hebben verkeerd als het RVB de aanbesteding, met uitsluiting van Base/Bartels, zou hebben voorgezet, heeft als uitgangspunt te gelden dat Grontmij een onvoldoende gescoord heeft onderdeel 4 van de casus. In de Leidraad is opgenomen dat een onvoldoende score op dit onderdeel leidt tot een totale afwijzing. Onder verwijzing naar deze score heeft het RVB in haar brief van 25 februari 2016 de inschrijving van Grontmij als ongeldig aangemerkt. Grontmij is niet tegen deze beslissing opgekomen, hoewel zij daartoe wel voldoende gelegenheid heeft gehad. Hiermee staan de onvoldoende score en de ongeldigheid van de inschrijving vast.

Uit het voorgaande volgt dat ook zonder de door Pectore aan de Staat verweten gedragingen de aanbestedingsprocedure niet tot gunning aan Grontmij – en indirect aan Pectore als onderaannemer – had kunnen leiden. Reeds hierom bestaat er

geen causaal verband tussen de aan de Staat verweten gedragingen en de door Pectore gestelde schade. Daar komt nog bij dat in de Leidraad expliciet bedongen is dat het RVB het recht heeft de aanbesteding tussentijds te beëindigen en dat kosten die gemaakt zijn in verband met de inschrijving niet in aanmerking komen voor een vergoeding. Pectore, die bekend was met deze voorwaarden, heeft derhalve rekening kunnen en moeten houden met het risico dat voor haar voorbereiden de werkzaamheden geen financiële compensatie geboden zou worden. Dat geldt in alle gevallen voor de inschrijvingskosten. Ook in het geval dat de Staat in dezen onrechtmatig gehandeld zou hebben, zoals Pectore gesteld heeft, maakt niet, zonder bijkomende omstandigheden, dat deze kosten anders beoordeeld moeten worden.

Nu een causaal verband tussen het vermeende onrechtmatig handelen en de gestelde schade ontbreekt, kunnen de overige vereisten voor aansprakelijkheid onbesproken blijven. Het voorgaande leidt tot de slotsom dat de verdring van Pectore wordt afgewezen.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

PECTORE B.V.,

gevestigd te 't Harde,

eiseres,

advocaat mr. A.L. Appelman te Zwolle,

tegen

de publiekrechtelijke rechtspersoon

DE STAAT DER NEDERLANDEN (Ministerie van Binnenlandse zaken en Koninkrijksrelaties),

zetelende te Den Haag,

gedaagde,

advocaat mr. A.L.M. de Graaf te Den Haag.

De volledige uitspraak is te raadplegen op opmaat.sdu.nl.

149

Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag
31 oktober 2016, nr. C/09/515800/KG ZA 16/951,
ECLI:NL:RBDHA:2016:17058
(mr. Van Ham)

Eigen verklaring. Valse verklaring. Uitsluiting. Ernstige fout in de uitoefening van het beroep. Verplichte uitsluitingsgronden. Rechtsverwerking. Proportionaliteitsbeginsel.

[Aanbestedingswet 2012 art. 2.87, 2.88, 2.10;
Richtlijn 2004/18 EG art. 45, 57; Mw; Tw]

Politie (de Nationale Politie) en Politieacademie (Landelijk Selectie- en Opleidingsinstituut Politie LSOP) (hierna gezamenlijk: de Politie) is op 23 mei 2016 een Europese openbare aanbestedingsprocedure aangevangen, voor vaste telefonie op basis van SIP-Trunking en bijbehorende dienstverlening. KPN B.V. (hierna: KPN) heeft zich ingeschreven op de opdracht. Bij de inschrijving van KPN was gevoegd een ondertekende Eigen verklaring. Bij brief van 14 juli 2016 is door de Politie aan KPN bericht dat KPN is uitgesloten van deelname aan de aanbesteding van de opdracht en dat Tele2 de economisch meest voordelige inschrijving heeft gedaan. De Politie heeft KPN uitgesloten omdat KPN zich volgens haar schuldig heeft gemaakt aan het afleggen van een valse verklaring (als bedoeld in artikel 2.87 lid 1 onder e Aw) omtrent een door KPN gemaakte ernstige fout (als bedoeld in artikel 2.87 lid 1 onder c Aw) en omdat de Eigen verklaring van de KPN onvolledig is. De vraag of dit oordeel van de Politie terecht is, is kernpunt van het geschil tussen partijen.

Verkeerde model

De voorzieningenrechter ziet aanleiding allereerst te oordelen over het betoog van KPN dat de uitsluitingsbeslissing geen stand kan houden omdat de Politie het verkeerde model Eigen verklaring heeft gehanteerd. Dit betoog wordt gepasseerd, reeds omdat KPN – zoals de Politie terecht heeft aangevoerd – haar recht om hierover te klagen heeft verwerkt.

In deze aanbestedingsprocedure is de verplichting van inschrijvers/gedagden om proactief te handelen geconcretiseerd in paragraaf 5.7 van de Utl. De Politie heeft onweersproken gesteld dat KPN voorafgaand aan de inschrijving geen opmerkingen over of bezwaren tegen de gehanteerde Eigen

verklaring heeft gemaakt en evenmin zijn er door KPN in de inlichtingenronde vragen over gesteld. Gelet hierop heeft KPN haar recht verwerkt om thans nog bezwaren te uiten tegen de gehanteerde Eigen verklaring.

Ernstige fout

Hoewel KPN niet is uitgesloten omdat zij een ernstige fout zou hebben gemaakt, moet wel beoordeeld worden of sprake is geweest van een ernstige fout. Immers, de uitsluiting is gebaseerd op het door KPN niet melden van een ernstige fout.

Het Hof van Justitie heeft in het Generali-arrest overwogen dat het begrip "fout in de uitoefening van zijn beroep" in de zin van artikel 45 lid 2 sub d Richtlijn 2004/18/EG niet alleen ziet op schendingen van de voor de beroepsgroep van de betrokken ondernemer geldende gedragsregels in enge zin, maar elk onrechtmatig gedrag omvat dat invloed heeft op diens professionele geloofwaardigheid en dat ook het maken van inbreuk op de mededingingsregels een uitsluitingsgrond is die onder artikel 45, lid 2, sub d Richtlijn 2004/18/EG valt, met name als de inbreuk met een geldboete is bestraft.

Artikel 2.87 lid 1 onder c Aw implementeert artikel 45 lid 2 sub d Richtlijn 2004/18/EG. Aldus is het in het licht van het Generali-arrest inbreuk maken op de mededingingsregels, met name wanneer die inbreuk met een geldboete is bestraft, voldoende voor het aannemen van een ernstige fout. Bij de interpretatie van het begrip "ernstige fout" kan een schending van een verplichting op grond van een marktanalysebesluit krachtens de Telecommunicatiewet (Tw) die is bestraft met een geldboete – zoals hier aan de orde is – gelijk worden gesteld aan een schending van een verplichting van de Mededingingswet (Mw) die is bestraft met een geldboete. Nu de opgelegde boete betrekking heeft op schending van een verplichting op grond van een marktanalysebesluit krachtens de Tw staat naar het oordeel van de voorzieningenrechter, voldoende vast dat KPN zich met betrekking tot ISDN Lijnbewaking schuldig heeft gemaakt aan een ernstige fout als bedoeld in artikel 2.87 lid 1 onder c Aw.

KPN heeft nog betoogd dat – gezien het bepaalde in artikel 57 lid 4 sub c Richtlijn 2004/18/EG – sinds de implementatietermijn van de Richtlijn is verstrekken niet voldoende is dat er sprake is van een ernstige fout, maar dat die ernstige fout tot gevolg moet hebben dat de integriteit van de inschrijver daardoor in twijfel kan worden getrokken. Ook daarvan is in dit geval sprake. Met de Politie is de voorzieningenrechter van oordeel dat uit het Gene-

rali-arrest volgt dat schending van de mededingingsregels als zodanig de integriteit van een marktpartij aantast en dus als ernstige fout geldt. Gelet op dit alles staat naar het oordeel van de voorzieningenrechter voldoende vast de KPN zich met betrekking tot ISDN Lijnbewaking schuldig heeft gemaakt aan een ernstige fout als bedoeld in artikel 2.87 lid 1 onder c Aw, ook indien deze bepaling Richtlijnconform wordt uitgelegd, of uitgegaan wordt van rechtstreekse werking van artikel 57 lid 4 sub c Richtlijn 2004/18/EG.

Valse of onvolledige verklaring

Zoals ook door het gerechtshof Den Haag in het arrest van 4 oktober 2016 is overwogen moet voor KPN duidelijk zijn geweest dat de gedraging ten aanzien van de ISDN Lijnbewaking had moeten worden gemeld in de Eigen verklaring, ook als zij deze gedraging zelf niet als ernstige fout beschouwt en zij het met het oordeel van de ACM niet eens is. Dat in het model van de Eigen verklaring niet specifiek naar (nog niet onherroepelijke) boetebesluiten van de ACM werd gevraagd, maakt dit niet anders.

De omstandigheid dat KPN de Politie door middel van de toelichting heeft geïnformeerd over de ACM-boetes en het vonnis van deze voorzieningenrechter van 9 juni 2016 – en de Politie dus volledig op de hoogte was – maakt vorenstaande niet anders.

Al het vorenstaande leidt tot de slotsom dat het niet melden van het boetebesluit ten aanzien van de ISDN Lijnbewaking moet worden aangemerkt als het zich in ernstige mate schuldig maken aan het afleggen van een valse verklaring. Voor het toepassen van een proportionaliteitstoets ten aanzien van deze uitsluitingsgrond bestaat geen ruimte of wettelijke grondslag. Artikel 2.88 sub c Aw heeft geen betrekking op het afleggen van een valse verklaring en uit artikel 2.10 Aw volgt evenmin dat in onderhavige situatie nog een proportionaliteitstoets moet worden toegepast. De Politie had KPN ook niet in de gelegenheid hoeven te stellen om haar gebrek in de inschrijving te herstellen, nu dat schending van het gelijkheids- en transparantiebeginsel op zou leveren. Slotsom is dan ook dat de Politie KPN op grond van het afleggen van een valse verklaring kon uitsluiten van de aanbestedingsprocedure. De stellingen over en weer over de onvolledige verklaring van KPN kunnen onbesproken blijven.

Slotsom

Al het vorenstaande leidt er toe dat de vorderingen van KPN afgewezen zullen worden.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

KPN B.V.,

statutair gevestigd en kantoorhoudende te Den Haag,

eiseres,

advocaat mr. J.F. van Nouhuys te Rotterdam, tegen:

1. de publiekrechtelijke rechtspersoon

Politie (de Nationale Politie),

zetelende te Den Haag,

2. de publiekrechtelijke rechtspersoon

Politieacademie (Landelijk Selectie- en Opleidingsinstituut Politie LSOP)),

zetelende te Apeldoorn,

gedaagden,

advocaten mr. I.J. van den Berge en mr. T.G.

Zweers-te Raay te Zwolle,

waarin is tussengekomen:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Tele2 Nederland B.V.,

gevestigd te Amsterdam,

advocaten mr. J.I. Kohlen en mr. A.C.A. Kuiper te Den Haag.

De volledige uitspraak is te raadplegen op maat.sdu.nl.

Op 27 mei 2016 is de digitale kluis met inschrijvingen geopend. Naast eiser hebben twee andere gegadigden voor de opdracht een inschrijving ingediend. Bij brief van 23 augustus 2016 heeft Rijkswaterstaat eiser bericht dat zij niet in aanmerking komt voor de gunning van de opdracht omdat haar inschrijving ongeldig is.

De aanbestedingsprocedure is nog niet afgerond en er is door Rijkswaterstaat nog geen (voorlopige) gunningsbeslissing genomen.

Eiser stelt dat haar inschrijving ten onrechte als ongeldig is aangemerkt en dat de inschrijvingen niet zijn beoordeeld conform de vastgestelde beoordelingsprocedure.

Beoordelingsprocedure

Anders dan eiser lijkt te betogen hoeft bij de beoordeling van de kwalitatieve gunningscriteria niet beoordeeld te worden of een inschrijving aan de gestelde technische voorwaarden voldoet, maar uitsluitend of een inschrijving uit oogpunt van de gestelde kwaliteitscriteria toegevoegde waarde biedt. Voor die beoordeling is niet vereist dat de gehele inschrijving, inclusief technische specificaties in aanmerking wordt genomen. Aan de gestelde technische eisen moet immers reeds zijn voldaan om een geldige inschrijving te kunnen doen. Zoals Rijkswaterstaat terecht stelt zou het strijd met het gelijkheidsbeginsel opleveren indien het beoordelingsteam de gehele inschrijving, waaronder de technische specificaties, ter beschikking zou krijgen, nu dat er in zou (kunnen) resulteren dat het beoordelingsteam dan van verschillende inschrijvers verschillende documenten voorgelegd zou krijgen.

Uit paragraaf 4.2 (laatste alinea) en 2.3.3 van het Inschrijvings- en beoordelingsdocument blijkt ook uitdrukkelijk dat de beoordeling van de kwalitatieve gunningscriteria wordt uitgevoerd door een beoordelingsteam, aan de hand van de in paragraaf 2.3.3 genoemde documenten, derhalve aan de hand van bijlage K en twee plannen van aanpak van telkens vijf pagina's. Uit de stelling van [eiser] dat het beoordelingsteam uitsluitend de plannen van aanpak ter beoordeling voorgelegd heeft gekregen volgt derhalve juist dat de beoordeling door het beoordelingsteam is geschied op de in de aanbestedingsstukken voorgeschreven wijze. Ook uit het bepaalde in artikel 2.26.2 Aanbestedingsreglement Werken kan niet worden afgeleid dat de beoordeling van de kwalitatieve gunningscriteria niet op de juiste wijze is geschied.

Ongeldige inschrijving eiser?

150

Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag
31 oktober 2016, nr. C/09/517473/KG ZA
16/1043, ECLI:NL:RBDHA:2016:17059
(mr. Van Ham)

(On-)geldigheid inschrijving. Beoordelingsmethodiek. Kwalitatieve gunningscriteria. Gelijkheidsbeginsel. Transparatiebeginsel.

[Aanbestedingsreglement Werken
2012 art. 2.26.2]

Rijkswaterstaat heeft een openbare Europese aanbesteding gehouden, overeenkomstig het Aanbestedingsreglement Werken (ARW) ten behoeve van het leveren van sets oliegeleidende schermen en opslagcontainers voor oppervlaktewater in Nederland en de BES-eilanden. Het gunningscriterium is de economisch meest voordelige inschrijving.

Kern van het geschil tussen partijen is de vraag of het plan van aanpak van eiser voldoet aan de eisen die in het Inschrijvings- en beoordelingsdocument aan de te verstrekken plannen van aanpak stelt. De voorzieningenrechter is met Rijkswaterstaat van oordeel dat het plan van aanpak van eiser niet los gezien kan worden van (een aantal van) de overige door eiser in de inschrijving overgelegde documenten. Het plan van aanpak bevat op een aantal punten expliciete verwijzingen naar andere documenten voor meer informatie. Niet valt in te zien dat de informatie waarnaar verwezen wordt, dan geen onderdeel zou moeten zijn van het plan van aanpak van eiser, eens te minder omdat in elk geval één van de verwijzingen ('de indeling van de containers is op de info verwoord') betrekking heeft op een expliciet uitgevraagd subgunningscriterium. Overigens volgt ook uit de stellingen van eiser dat zij beoogde dat de overige overgelegde documenten bij de beoordeling van het plan van aanpak van eiser werden betrokken, gezien het – hiervoor reeds besproken – betoog van eiser dat Rijkswaterstaat ten onrechte uitsluitend de plannen van aanpak aan het beoordelingsteam heeft verstrekt.

Eiser stelt dat haar inschrijving ook aan de vereisten voldoet indien de informatie waar naar verwezen wordt wel zou kwalificeren als bijlage bij het plan van aanpak van eiser. Enerzijds omdat ook dan het plan van aanpak van eiser de toegestane tien pagina's niet overschrijdt. Anderzijds omdat Rijkswaterstaat er in deze aanbesteding kennelijk voor heeft gekozen bijlagen niet mee te laten tellen in het plan van aanpak. In deze beide stellingen kan eiser niet worden gevolgd.

De verwijzing van eiser in het plan van aanpak van eiser naar andere bij de inschrijving overgelegde documenten is zeer algemeen. Hetgeen eiser als technisch dossier omschrijft (hierna te noemen: het technisch dossier) betreft feitelijk negenentwintig separate documenten en meer dan honderd pagina's, die bij de inschrijving ongeordend zijn overgelegd. Gezien de wijze van verwijzing in het plan van aanpak van eiser en de wijze van overleggen van het technisch dossier is, ook voor de voorzieningenrechter, niet zonder meer duidelijk naar welke delen van het technisch dossier eiser beoogde te verwijzen. Het staat Rijkswaterstaat niet vrij om bij de beoordeling van een plan van aanpak zelf te bepalen welke onderdelen daarbij wel in aanmerking worden genomen en welke onderdelen niet. Dat zou een arbitraire beoordeling opleveren, die zich niet verhoudt tot de aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijke behandeling en transparantie. Gelet hierop kon Rijkswaterstaat

niet slechts delen van het technisch dossier opvatten als behorende bij het plan van aanpak van eiser. Daardoor omvat het plan van aanpak van eiser, inclusief de tekst waar in dat plan van aanpak naar verwezen wordt, meer dan het in de aanbestedingsstukken voorgeschreven maximaal toegestane aantal pagina's.

Het betoog dat het plan van aanpak van eiser wel aan de vereisten voldoet, omdat Rijkswaterstaat er kennelijk voor heeft gekozen bijlagen niet mee te laten tellen bij het plan van aanpak baat haar evenmin. Eiser baseert deze stelling op de omstandigheid dat in het Inschrijvings- en beoordelingsdocument niet is bepaald dat eventuele bijlagen bij het plan van aanpak in aanmerking zouden worden genomen, terwijl Rijkswaterstaat daar in andere aanbestedingen wel expliciet regels voor heeft gesteld. Daargelaten de bepalingen over een maximum aantal pagina's in andere aanbestedingsprocedures is de bepaling in paragraaf 2.3.3 over het aantal pagina's dat het plan van aanpak mag omvatten – voor een behoorlijk geïnformeerd en normaal oplettend gegadigde – duidelijk: de over te leggen plannen van aanpak mogen allebei vijf pagina's bevatten. Die bepaling is niet voor andere uitleg vatbaar. Uit de omstandigheid dat daarbij niet expliciet vermeld staat dat bijlagen deel uit maken van het plan van aanpak, kan niet worden afgeleid dat er daarom (onbeperkt) bijlagen bij het plan van aanpak zouden mogen worden gevoegd. Dat zou een bepaling over een maximaal aantal pagina's immers zinledig maken. Slotsom van al het vorenstaande is dat de inschrijving van eiser terecht ongeldig is.

[eiser] h.o.d.n. [handelsnaam eiser],
wonende te [woonplaats], gemeente [gemeente],
eiser,
advocaat mr. T. van der Lans te Naaldwijk, gemeen-
te [gemeente],
tegen:
de publiekrechtelijke rechtspersoon
de Staat der Nederlanden (Ministerie van Infrastruc-
tuur en Milieu),
zetelende te Den Haag,
gedaagde,
advocaat mr. A.L.M. de Graaf te Den Haag.

De volledige uitspraak is te raadplegen op op-
maat.sdu.nl.

151

Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag
15 november 2016, nr. C/09/518398/KG ZA
16/1103, ECLI:NL:RBDHA:2016:17061
(mr. Groeneveld-Stubbe)

(On-)geldigheid inschrijving. Manipulatieve inschrijving.

De Staat der Nederlanden, meer in het bijzonder het Ministerie van Veiligheid en Justitie, handelend namens het Nederlands Forensisch Instituut (hierna: de Staat) is op 8 februari 2016 een Europese openbare aanbesteding gestart ten behoeve van het Nederlands Forensisch Instituut. De aan te besteden opdracht betreft de levering van Short Tandem Repeat typeringskits (STR-kits) ten behoeve van het generen van DNA-profielen. Het gunningscriterium is de economisch meest voordelige inschrijving, waarbij de prijs voor 30% en de kwaliteit voor 70% meeweegt. De aanbestedingsstukken bestaan uit het Beschrijvend document en een Nota van Inlichtingen (Nvl).

Life Technologies Europe B.V. (hierna: LTE) heeft tijdig ingeschreven op de aanbesteding. Bij brief van 30 augustus 2016 heeft de Staat LTE geïnformeerd dat haar inschrijving terzijde is gelegd en niet is betrokken in de beoordeling, omdat de inschrijving van LTE niet voldoet aan de voorschriften van deze aanbesteding. In de brief wordt voorts vermeld dat de Staat voornemens is de opdracht te gunnen aan Promega Benelux B.V. (hierna: Promega), omdat dit de enige partij is die een geldige inschrijving heeft gedaan.

De voorzieningenrechter stelt voorop dat de aanbestedingsstukken duidelijk zijn over hetgeen van inschrijvers wordt verwacht ten aanzien van de prijzen voor de STR-kit en de kosten voor implementatie en training. Voor een normaal oplettend en behoorlijk geïnformeerd inschrijver kan vorenstaande niet anders uitgelegd worden dan dat de Staat aparte prijzen geoffreerd wilde krijgen voor de STR-kits en voor de dienstverlening op het terrein van implementatie en training. Voorts heeft de Staat uitdrukkelijk kenbaar gemaakt dat manipulatieve en irreële inschrijvingen niet toelaatbaar zijn, dat van een manipulatieve en/of irreële inschrijving in ieder geval sprake is indien met nultarieven wordt ingeschreven en dat deze eisen – behoudens in het geval sprake is van een bagatel – op straffe van uitsluiting zijn voorgeschreven. De voorzienin-

genrechter volgt LTE niet in haar betoog dat in dit geval niet aan haar kan worden tegengeworpen dat zij met een nultarief heeft ingeschreven en overweegt daartoe als volgt.

LTE stelt enerzijds dat de uitgevraagde werkzaamheden op het gebied van implementatie en training zeer beperkt zijn en voert anderzijds aan dat de kosten die voor deze beperkte dienstverlening worden gemaakt zijn verdisconteerd in haar tarief voor de STR-kits. Aldus volgt ook uit de eigen stellingen van LTE dat voor de werkzaamheden op het terrein van implementatie en training kosten worden gemaakt. Nu de Staat expliciet heeft gevraagd om een afzonderlijke prijs voor de STR-kits en de dienstverlening op het gebied van implementatie en training voldeed de inschrijving van LTE niet aan het gestelde in de aanbestedingsdocumenten. Het was op grond van de aanbestedingsstukken eenvoudigweg niet toegestaan de kosten voor training en implementatie te verdisconteren in de kit-prijs en vervolgens een nultarief op te geven bij de totale vaste prijs voor dienstverlening met betrekking tot implementatie en training. Dat in paragraaf 7.4 van het PvE slechts voorbeelden zouden zijn genoemd van een mogelijke manipulatieve of irreële inschrijving, waar slechts aan toegekomen wordt als – na een toetsing – blijkt dat daadwerkelijk een manipulatieve of irreële inschrijving is gedaan, zoals LTE stelt, wordt door de voorzieningenrechter niet gevolgd. Enerzijds vanwege de in paragraaf 7.4 van het PvE gekozen bevoordelingen dat in elk geval sprake is van een manipulatieve en/of irreële inschrijving bij inschrijving met een nultarief. Anderzijds omdat, zoals de Staat terecht en onweersproken stelt, in de formule aan de hand waarvan de score op prijs per wens wordt bepaald rekenkundig niet mogelijk is om een laagste prijs van € 0,00 in aanmerking te nemen.

Ten aanzien van het betoog dat een nultarief op het gebied van training en implementatie in de rede ligt – en derhalve niet als manipulatief en/of irreëel kan worden aangemerkt – omdat implementatie van de STR-kits niet van de opdrachtnemer wordt verlangd en trainingen in de aanbestedingsdocumenten niet worden uitgevraagd overweegt de voorzieningenrechter als volgt. Anders dan LTE betoogt, worden wel implementatiewerkzaamheden van de opdrachtnemer verlangd. Uit paragraaf 6.1 van het PvE volgt dat medewerking wordt verlangd bij het opstellen van het implementatieplan. Reeds vanwege de in dat kader te maken personeelskosten is derhalve niet aan de orde dat een nultarief op het gebied van implementatie in de rede ligt. Aan LTE moet worden toegegeven dat

op het gebied van training geen concrete werkzaamheden in de aanbestedingsdocumenten worden voorgescreven, maar die aanbestedingsdocumenten nemen wel uitdrukkelijk tot uitgangspunt dat op dat gebied door de opdrachtnemer werkzaamheden zullen worden verricht. Voor zover hierover bij LTE onduidelijkheid bestond over de te verrichten werkzaamheden en de aldus in rekening te brengen kosten, had zij hierover in de inlichtingenronde vragen moeten stellen. Nu zij dat niet gedaan heeft, staat het haar niet vrij om daarover thans nog bezwaren naar voren te brengen en rechtvaardigt dit ook niet dat zij – in strijd met uitdrukkelijke bepalingen in de aanbestedingsdocumenten – met een nultarief heeft ingeschreven. Hier komt overigens nog bij dat – zoals reeds overwogen – in de stellingen van LTE besloten ligt dat er voor training wel degelijk kosten gemaakt worden, maar dat deze verdisconteerd zijn in de prijs van de STR-kits. Het vorenstaande leidt reeds tot de conclusie dat de inschrijving van LTE vanwege de inschrijving met nultarieven terecht terzijde is gelegd. Volledigheidshalve merkt de voorzieningenrechter nog op dat LTE ook niet gevolgd kan worden in haar betoog dat de door de Staat gehanteerde uitleg van de eis ten aanzien van de verboden nultarieven willekeurig en niet objectief is. LTE stelt in dit verband dat, indien het standpunt van de Staat gevolgd wordt, een prijs van € 0,01 voor training en implementatie wél toelaatbaar zou zijn geweest, terwijl die prijs materieel gelijk te stellen is met een nultarief. Dat een prijs van € 0,01 wel toelaatbaar zou zijn, volgt echter niet uit het standpunt van de Staat. Zoals de Staat ter zitting ook heeft toegelicht wordt een prijs van € 0,00 in elk geval als manipulatief en/of niet reëel aangemerkt, doch gezien hetgeen verder is bepaald in paragraaf 7.4 van het PvE kunnen ook andere tarieven (waaronder dus een tarief van € 0,01) als manipulatief en/of irreeël worden aangemerkt.

Slotsom

Gezien het vorenstaande is de inschrijving van LTE terecht terzijde gelegd vanwege de geoffreerde nultarieven op het gebied van implementatie en training. De vorderingen van LTE om de Staat te verbieden de opdracht definitief aan Promega te gunnen en de Staat te gebieden de inschrijving van LTE alsnog als geldig aan te merken dienen derhalve reeds hierom te worden afgewezen.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Life Technologies Europe B.V.

gevestigd te Bleiswijk,

eiseres,

advocaat mr. J.W.A. Meesters te Amsterdam,

tegen:

de publiekrechtelijke rechtspersoon

de Staat der Nederlanden, meer in het bijzonder

het Ministerie van Veiligheid en Justitie, handelend

namens het Nederlands Forensisch Instituut,

zetelende te Den Haag,

gedaagde,

advocaat mr. M.C. de Vries te Den Haag.

De volledige uitspraak is te raadplegen op opmaat.sdu.nl.

152

Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag
15 november 2016, nr. C/09/518218/KG ZA
16/1090, ECLI:NL:RBDHA:2016:17062
(mr. Groeneveld-Stubbe)

(On-)geldigheid inschrijving. Manipulatieve inschrijving.

De Staat der Nederlanden, meer speciaal het Ministerie van Veiligheid en Justitie (hierna: de Staat) is op 8 februari 2016 een Europese openbare aanbesteding gestart ten behoeve van het Nederlands Forensisch Instituut. De aan te besteden opdracht betreft de levering van Short Tandem Repeat type-ringskits (STR-kits) ten behoeve van het generen van DNA-profielen. Het gunningscriterium is de economisch meest voordelige inschrijving. De aanbestedingsstukken bestaan uit het Beschrijvend document, met bijlagen en een Nota van Inlichtingen (Nvi).

Qiagen Benelux B.V. (hierna: Qiagen) heeft tijdig ingeschreven op de aanbesteding. De Staat heeft Qiagen geïnformeerd dat haar inschrijving terzijde is gelegd en niet is betrokken in de beoordeling, omdat de Staat heeft geconstateerd dat een nultarief is aangeboden, terwijl dit conform het PvE expliciet niet is toegestaan. Tevens wordt vermeld dat de Staat voornemens is de opdracht te gunnen aan Promega Benelux B.V. (hierna: Promega), omdat dit de enige partij is die een geldige inschrijving heeft gedaan.

De voorzieningenrechter stelt voorop dat de aanbestedingsstukken duidelijk zijn over hetgeen van inschrijvers wordt verwacht ten aanzien van de prijzen voor de STR-kit en de kosten voor implementatie en training. Voor een normaal oplettend en behoorlijk geïnformeerd inschrijver kunnen de aanbestedingsstukken niet anders uitgelegd worden dan dat de Staat aparte prijzen geoffreerd wilde krijgen voor de STR-kits en voor de dienstverlening op het terrein van implementatie en training. Voorts heeft de Staat uitdrukkelijk kenbaar gemaakt dat manipulatieve en irreële inschrijvingen niet toelaatbaar zijn, dat van een manipulatieve en/of irreële inschrijving in ieder geval sprake is indien met nultarieven wordt ingeschreven en dat deze eisen – behoudens in het geval sprake is van een bagatel – op straffe van uitsluiting zijn voorgeschreven. De voorzieningenrechter volgt Qiagen niet in haar betoog dat in dit geval niet aan haar kan worden tegengeworpen dat zij met een nultarief heeft ingeschreven en overweegt daartoe als volgt. Van een tegenstrijdigheid in de aanbestedingsdocumenten in die zin dat aan de orde kan zijn dat een inschrijver voor implementatie en training in het geheel geen kosten maakt, terwijl niet met een nultarief mag worden ingeschreven is geen sprake. Reeds hierom valt niet in te zien waarom de inschrijving met een nultarief niet aan Qiagen zou kunnen worden tegengeworpen.

Bovendien is in de formule aan de hand waarvan de score op prijs per wens wordt bepaald rekenkundig niet mogelijk om een laagste prijs van € 0,00 in aanmerking te nemen. Anders dan Qiagen betoogt is dit niet aan te merken als een fout in de formule. De formule kan op deze manier gehanteerd worden, omdat een nultarief niet toelaatbaar is. Ook vanwege deze formule moest voor een normaal oplettend en behoorlijk geïnformeerd inschrijver duidelijk zijn dat inschrijven met een nultarief als manipulatief en/of irreëel zou worden aangemerkt en dat de vermelding dat een nultarief niet toelaatbaar is, niet – zoals Qiagen aanvoert – kan worden opgevat als voorbeeld van een mogelijk – maar niet per se – manipulatieve inschrijving. Dit geldt eens te meer omdat tevens uitdrukkelijk is bepaald dat een inschrijving met tarieven die de gehanteerde formule frustreren eveneens 'in ieder geval' manipulatief en/of irreëel is.

Uit het vorenstaande volgt dat de Staat op goede gronden de inschrijving van Qiagen terzijde heeft gelegd en dat van schending van de Aanbestedingswet, beginselen van aanbestedingsrecht of onrechtmatig handelen door de Staat geen sprake is. De stelling van Qiagen, tot slot, dat zij over de volgens haar bestaande onduidelijkheden en tegenstrijdig-

heden geen vragen kon stellen, omdat zij haar concurrentiepositie dan bloot zou geven kan dat niet anders maken. Gezien de volgens Qiagen bestaande tegenstrijdigheden in de aanbestedingsstukken was het voor haar mogelijk geweest deze tegenstrijdigheden aan de orde te stellen zonder daarbij concurrentiegevoelige informatie prijs te geven.

Slotsom

Slotsom is dat de vorderingen van Qiagen zullen worden afgewezen.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Qiagen Benelux B.V.,

gevestigd te Venlo,

eiseres,

advocaat mr. F.H.G. Meijers te Amsterdam,

tegen:

de publiekrechtelijke rechtspersoon

de Staat der Nederlanden, meer speciaal het Ministerie van Veiligheid en Justitie,

zetelende te Den Haag,

gedaagde,

advocaat mr. M.C. de Vries te Den Haag.

De volledige uitspraak is te raadplegen op opmaat.sdu.nl.

153

Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag
12 januari 2017, nr. C-09-521521-KG ZA
16-1375, ECLI:NL:RBDHA:2017:4854
(mr. Hage)

Marktconsultatie. Toelaatbaarheid gunningscriteria. Kwalitatieve gunningscriteria. Beoordelingsmethodiek.

[Aanbestedingswet 2012 art. 1.4, 2.38]

De Staat der Nederlanden, Ministerie van Veiligheid en Justitie, meer in het bijzonder het Centraal Justitieel Incassobureau (hierna: CJIB) int vorderingen van verschillende organisaties/onderdelen van de Rijksoverheid. In het kader van het uitvoeringsprogramma Compacte Rijksdienst is besloten om de gerechtsdeurwaarderstrajecten van het Centraal Administratiekantoor (CAK), het Zorginstituut Nederland (ZIN), de Rijksdienst voor Ondernemend

Nederland (RVO), de Dienst Uitvoering Onderwijs (DUO) en het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV) centraal bij het CJIB onder te brengen.

Om te komen tot persoonsgerichte incasso heeft het CJIB inmiddels drie aanbestedingsprocedures uitgeschreven. De eerste aanbesteding is door het CJIB ingetrokken. De tweede aanbestedingsprocedure is naar aanleiding van vijf afzonderlijke kort gedingen op last van de voorzieningenrechter ingetrokken (vonnissen uitgesproken op 3 september 2015).

Met het oog op het organiseren van een nieuwe aanbesteding heeft het CJIB een marktconsultatie gehouden. De marktconsultatie heeft op 26 mei 2016 plaatsgevonden.

Op 15 juli 2016 heeft het CJIB op TenderNed de huidige Europese aanbestedingsprocedure 'Gerechtsdeurwaardersdiensten Clustering Rijksincasso' aangekondigd. De aanbesteding wordt uitgevoerd conform het Europese regime voor sociale en andere specifieke diensten als bedoeld in artikel 2.38 Aanbestedingswet 2012 (hierna: Aw).

Maatschappelijke waarde

Ingevolge lid 2 artikel 1.4 Aw dient een aanbestedende dienst zorg te dragen voor het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de voor de publieke middelen bij het sluiten van de overeenkomst die aanleiding vormt voor de aanbestedingsprocedure. Anders dan eiseres betoogt (althans lijkt te betogen) impliceert dit niet dat inschrijvers in een aanbestedingsprocedure zich moeten kunnen onderscheiden op de prijscomponent. Uit dit artikel kan niet (in algemene zin) worden afgeleid dat een aanbesteding met een vaste prijs niet toelaatbaar is. Zoals het CJIB terecht aanvoert kan zo veel mogelijk maatschappelijke waarde ook worden gerealiseerd door inschrijvers te vragen voor het beschikbare vaste tarief zoveel mogelijk maatschappelijke waarde te leveren. Gelet hierop en omdat uit de eerdere (ingetrokken) aanbestedingsprocedures over dezelfde opdracht reeds is gebleken dat concurrentie op prijs ten aanzien van onderhavige opdracht niet of slechts zeer beperkt mogelijk lijkt te zijn, kan aan het CJIB niet worden tegengeworpen dat de prijs niet als gunningscriterium is aangemerkt.

Onderscheidend vermogen

Eiseres baseert haar stelling dat gunningscriteria G1 en G2 geen onderscheidend vermogen hebben op de omstandigheid dat gerechtsdeurwaarders allen dezelfde opleiding en wettelijke bevoegdheden hebben en allen moeten voldoen aan de in het

Reglement van de Koninklijke Beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders (KBvG) neergelegde kwaliteitsnormen en de aan de "Best Practices" van de KBvG en het Bureau Financieel Toezicht. Dit leidt, aldus eiseres, tot een norm waarbinnen gerechtsdeurwaarders zich niet wezenlijk van elkaar kunnen onderscheiden. In dit betoog kan eiseres niet worden gevolgd.

Evenmin, en derhalve anders dan eiseres betogen, is gebleken dat de beoordelingssystematiek geen onderscheidend vermogen ten aanzien van de kwalitatieve gunningscriteria oplevert. Het CJIB werkt bij de beoordeling van G1 en G2 met twee afzonderlijke beoordelingsteams, van ten minste drie beoordelaars. Die beoordelaars geven op individuele basis een rapportcijfer van 1 tot en met 10. Het gemiddelde van die individuele cijfers, afgerond op twee cijfers achter de komma, wordt vervolgens vermenigvuldigd met het bijbehorende gewicht (40% respectievelijk 60%) en vervolgens bij elkaar opgeteld. Voor zover de aldus resulterende rapportcijfers geen onderscheidend vermogen hebben, wordt vervolgens aan de hand van het niet-afgeronde rapportcijfer voor G2 bepaald wie de winnaars zijn en daarna – zo nodig – ook nog aan de hand van het niet afgeronde rapportcijfer op G1. In paragraaf 5.2 van het Beschrijvend Document is bovendien geconcretiseerd op welke onderwerpen de Inschrijver bij de uitwerking van de kwalitatieve criteria dient in te gaan en waar het beoordelingsteam bij de beoordeling op let. Zonder nadere toelichting van de zijde van eiseres, die achterwege is gebleven, valt niet in te zien waarom deze beoordelingssystematiek onvoldoende onderscheidend vermogen zou hebben. De stelling dat per gunningscriterium met één integraal rapportcijfer wordt gewerkt is daartoe ontoereikend, te meer gezien de onvoldoende weersproken toelichting van het CJIB op de in dit verband gekozen beoordelingswijze in paragraaf 5.2 van het Beschrijvend Document.

Eiseres heeft tot slot, ook bezwaar geuit tegen de hoogte van de door het CJIB aangeboden prijs voor niet-inbare vorderingen. Deze prijs is, aldus eiseres, arbitrair vastgesteld en niet marktconform. Hierover overweegt de voorzieningenrechter allereerst dat de Gerechtsdeurwaarderswet (of andere toepasselijke regelgeving) er – in verband met de door de wetgever wenselijk geachte marktwerking voor gerechtsdeurwaardersdiensten – niet aan de in de weg staat dat voor niet-inbare vorderingen geen kostendekkende vergoeding wordt betaald door de opdrachtgever. Voorts overweegt de voorzieningenrechter dat het een opdrachtgever, zoals het CJIB is, in beginsel – binnen redelijke

marges – vrij staat te bepalen welke prijs hij wil betalen voor een dienst, zoals het een opdrachtnemer vrij staat te bepalen of hij voor de geboden prijs bereid is de dienst te leveren. Dit zou anders kunnen zijn, indien de door het CJIB aangeboden prijs onredelijk laag is en daarom in strijd is met aanbestedingsrechtelijke beginselen. Hiervan is de voorzieningenrechter niet gebleken.

Slotsom

Op grond van al het vorenstaande is de conclusie dat de vorderingen van eiseres moeten worden afgewezen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[eiseres],

gevestigd te [vestigingsplaats],

eiseres,

advocaat mr. K.A.M. van Kampen te Den Bosch, tegen:

de publiekrechtelijke rechtspersoon

de Staat der Nederlanden, Ministerie van Veiligheid en Justitie, meer in het bijzonder het Centraal Justitieel Incassobureau,

zetelende te Den Haag,

gedaagde,

advocaat mr. J.H.C.A. Muller te Den Haag.

De volledige uitspraak is te raadplegen op maat.sdu.nl.

programma Compacte Rijksdienst is besloten om de gerechtsdeurwaarderstrajecten van het Centraal Administratiekantoor (CAK), het Zorginstituut Nederland (ZIN), de Rijksdienst voor Ondernemend Nederland (RVO), de Dienst Uitvoering Onderwijs (DUO) en het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV) centraal bij het CJIB onder te brengen. Beoogd wordt om te gaan werken met een persoonsgerichte incasso, waarbij alle executoriale titels van voornoemde vijf bestuursorganen door het CJIB per debiteur worden aangeboden aan één gerechtsdeurwaarder.

Om te komen tot persoonsgerichte incasso heeft het CJIB inmiddels drie aanbestedingsprocedures uitgeschreven. De eerste aanbesteding is door het CJIB ingetrokken. De tweede aanbestedingsprocedure is naar aanleiding van vijf afzonderlijke kort gedingen op last van de voorzieningenrechter ingetrokken (vonnissen uitgesproken op 3 september 2015).

Met het oog op het organiseren van een nieuwe aanbesteding heeft het CJIB een marktconsultatie gehouden. Deze marktconsultatie is op 20 april 2016 aangekondigd op TenderNed. De marktconsultatie heeft op 26 mei 2016 plaatsgevonden.

Op 15 juli 2016 heeft het CJIB op TenderNed de huidige Europese aanbestedingsprocedure 'Gerechtsdeurwaardersdiensten Clustering Rijksincasso' aangekondigd. De aanbesteding wordt uitgevoerd conform het Europese regime voor sociale en andere specifieke diensten als bedoeld in artikel 2.38 Aanbestedingswet 2012 (hierna: Aw).

De opdracht is verdeeld in twintig percelen, waarbij per perceel – afhankelijk van de grootte van het perceel – twee tot veertien gerechtsdeurwaarderskantoren zullen worden geselecteerd

Concernregeling

Onderhavige opdracht is onderverdeeld in twintig percelen. Op grond het Beschrijvend Document mag elke inschrijver op maximaal vijf percelen inschrijven. Ingevolge paragraaf 3.1.5 van het Beschrijvend Document moeten ondernemingen uit dezelfde groep (als bedoeld in artikel 2:24a en 2:24b BW) die op hetzelfde perceel inschrijven op verzoek van het CJIB kunnen aantonen dat zij zelfstandig inschrijven (hierna ook te noemen: de concernregeling) Deze concernregeling – en hoe ver deze regeling moet gaan – is kern van het eerste bezwaar van de Nederlandse Belangenvereniging Gerechtsdeurwaarders en eiseres sub 2-17 (hierna: NBG c.s.).

De voorzieningenrechter overweegt dat – anders dan de NBG c.s. betoogt – het CJIB terecht onderscheid maakt tussen het mededingingsrechtelijke

154

Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag
12 januari 2017, nr. C-09-521602-KG ZA
16-1383, ECLI:NL:RBDHA:2017:4856

(mr. Hage)

Noot mr. J.J. Kohlen

Marktconsultatie. Concernregeling. Mededingingsrecht. Motivering gunningsbeslissing. Gelijkheidsbeginsel.

[Aanbestedingswet 2012 art. 2.38, 2.39, 2.130; BW art. 2:24a, 2:24b]

De Staat der Nederlanden (Ministerie van Veiligheid en Justitie, meer in het bijzonder het Centraal Justitieel Incassobureau (hierna: CJIB) int vorderingen van verschillende organisaties/onderdelen van de Rijksoverheid. In het kader van het uitvoerings-

begrip ‘onderneming’ en het aanbestedingsrechtelijke begrip ‘inschrijver’. Een aanbestedende dienst moet in beginsel de mogelijkheid openlaten voor verschillende rechtspersonen binnen een concern om op een opdracht in te schrijven.

Dat door deze definitie van het begrip ‘inschrijver’ de situatie ontstaat dat gerechtsdeurwaardersorganisaties die zich hebben georganiseerd in een concern dat uit verschillende rechtspersonen bestaat, op meer percelen kunnen inschrijven dan gerechtsdeurwaarderskantoren die met één rechtspersoon opereren levert geen schending van het gelijkheidsbeginsel door het CJIB op. De feitelijke situatie is dat verschillende deurwaarderskantoren zich op verschillende wijzen hebben georganiseerd. Dat dat een ongelijke situatie oplevert, die door het CJIB in de aanbesteding rechtgetrokken zou moeten worden, valt niet in te zien. Anders dan de NBG c.s. stelt, is er een objectief gerechtvaardigd onderscheid, indien gerechtsdeurwaardersorganisaties door de inrichting van hun organisatie in staat zijn met verschillende rechtspersonen in te schrijven (ervan uitgaande dat die rechtspersonen dan ook zelfstandig aan alle eisen van de opdracht kunnen voldoen), ook als andere deurwaardersorganisaties die mogelijkheid niet hebben.

Van concurrentievervalsing is geen sprake als verschillende ondernemingen die behoren tot één concern op verschillende percelen inschrijven. Indien sprake is van inschrijvingen van verschillende ondernemingen van één concern op hetzelfde perceel, is de concurrentie door het bepaalde in paragraaf 3.15 van het Beschrijvend Document voldoende gewaarborgd.

Gezien al het vorenstaande bestaat voor het door de NBG c.s. beoogde categorische verbod geen grond. De stellingen van de NBG c.s. met betrekking tot herintroductie van het verbod om binnen een concern de inschrijving op verschillende percelen onderling af te stemmen treffen evenmin doel. Alle inschrijvers moeten in het kader van de aanbesteding het mededingingsrecht naleven. Dat geldt in algemene zin en is door het CJIB ook uitdrukkelijk in de aanbestedingsstukken opgenomen. Mededingingsrechtelijk is aan verbonden ondernemingen meer afstemming toegestaan (bijvoorbeeld het maken van marktverdelingsafspraken) dan aan niet verbonden ondernemingen. Nu de concurrentie binnen de percelen plaatsvindt en is gewaarborgd, valt niet in te zien waarom verbonden ondernemingen bij inschrijving op verschillende percelen moeten worden geconfronteerd met strengere regels dan die waar het mededingingsrecht reeds in voorziet.

De NBG c.s. stelt in het licht van haar bezwaren tegen de concernregeling tot slot dat duidelijker moet worden vastgelegd in welke gevallen de toets van paragraaf 3.15 door het CJIB wordt uitgevoerd en welke criteria daarbij worden gehanteerd. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter bieden de aanbestedingsstukken op dit punt echter voldoende transparantie. Nu gewaarborgd is dat het CJIB daadwerkelijk de inschrijvingen laat beoordelen op de vraag of sprake lijkt van een afgestemde inschrijving (zie vraag 366 en het antwoord daarop in Nvl 3) komt het CJIB bovendien reeds tegemoet aan het bezwaar van de NBG c.s. dat onduidelijk is in welke gevallen het CJIB de toets van paragraaf 3.15 van het Beschrijvende Document zal toepassen.

De voorzieningenrechter overweegt dat in onderhavige aanbesteding, gezien het bepaalde in artikel 2.39 lid 2 Aw, artikel 2.130 Aw toepassing mist. Dat laat onverlet dat het CJIB gehouden is alle inschrijvers te informeren over de (voorgenomen) gunningsbeslissing. Daarbij moeten inschrijvers, ook als dat artikel 2.130 Aw toepassing mist – met het oog op het aan hun toekomende recht op rechtsbescherming – worden geïnformeerd over de relevante redenen voor de gunningsbeslissing, waaronder in ieder geval dienen te worden verstaan de kenmerken en voordelen van de uitgekozen inschrijving. Deze verplichting reikt echter niet zo ver dat het CJIB, zoals de NBG c.s. bepleit, gehouden is informatie te verstrekken over de inschrijvers per perceel en over de uitslag van het op grond van paragraaf 3.15 van het Beschrijvend Document uitgevoerde onderzoek. Die informatie heeft immers geen betrekking op de kenmerken en voordelen van de uitgekozen inschrijving.

Slotsom

Uit al het vorenstaande volgt dat de vorderingen van de NBG c.s. zullen worden afgewezen.

1. de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid Nederlandse Belangenvereniging Gerechtsdeurwaarders, gevestigd te Hilversum,

2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [eiseres sub 2], gevestigd te [vestigingsplaats 1],

3. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [eiseres sub 3], gevestigd te [vestigingsplaats 2],

4. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [eiseres sub 4], gevestigd te [vestigingsplaats 1],

5. de maatschap naar burgerlijk recht [eiseres sub 5], gevestigd te ' [vestigingsplaats 3],

6. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [eiseres sub 6], gevestigd te [vestigingsplaats 4],

7. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [eiseres sub 7], gevestigd te [vestigingsplaats 5],

8. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [eiseres sub 8], gevestigd te [vestigingsplaats 6],

9. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [eiseres sub 9], gevestigd te [vestigingsplaats 7],

10. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [eiseres sub 10], gevestigd te [vestigingsplaats 8],

11. de maatschap naar burgerlijk recht [eiseres sub 11], gevestigd te [vestigingsplaats 9],

12. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [eiseres sub 12], gevestigd te [vestigingsplaats 10],

13. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [eiseres sub 13], gevestigd te [vestigingsplaats 11],

14. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[eiseres sub 14], gevestigd te [vestigingsplaats 12],

15. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [eiseres sub 15], gevestigd te [vestigingsplaats 1],

16. de maatschap naar burgerlijk recht [eiseres sub 16], gevestigd te [vestigingsplaats 13],

17. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [eiseres sub 17], gevestigd te [vestigingsplaats 14], eisers in de hoofdzaak en in het incident, advocaat mr. G.L. Weerheim te Rotterdam, tegen:

de publiekrechtelijke rechtspersoon de Staat der Nederlanden (Ministerie van Veiligheid en Justitie, meer in het bijzonder het Centraal Justitieel Incassobureau (CJIB) zetelende te Den Haag, gedaagde in de hoofdzaak, verweerder in het incident, advocaat mr. J.H.C.A. Muller te Den Haag, waarin in de hoofdzaak zijn tussengekomen:

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [X B.V.], gevestigd te [vestigingsplaats 4], advocaat mr. S.C. Brackmann te Rotterdam, en

2a. de naamloze vennootschap GGN Mastering Credit N.V., gevestigd te Utrecht,

2b. de besloten vennootschap Groep Gerechtsdeurwaarders Oost Nederland B.V., gevestigd te Almelo,

2c. de besloten vennootschap Groep Gerechtsdeurwaarders Noord Nederland B.V., gevestigd te Drachten,

2d. de besloten vennootschap Groep Gerechtsdeurwaarders West Nederland B.V., gevestigd te Den Haag, advocaten mr. drs. M.W.J. Jongmans en mr. drs. A.N.A. Buyserd te Den Bosch.

Partijen worden hierna respectievelijk aangeduid als "NGB c.s.", "CJIB", "[X B.V.]" en "GGN c.s.".

1 De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 11 november 2016, tevens incidentele vordering, met daarbij en nadien overgelegde producties;

- de brieven van het CJIB van 14 november 2016 en 15 november 2016;

- de brief van de NBG c.s. van 15 november 2016.

1.2. Op 23 november 2016 is vonnis in het door de NBG c.s. ingestelde incident geweest. De NBG c.s. heeft in het incident gevorderd om de Commissie van Aanbestedingsexperts te verzoeken de behandeling van de door de NBG c.s. op 26 oktober 2016 ingediende klacht te hervatten en zo mogelijk voor de mondeling behandeling van het kort geding haar advies af te ronden, althans dat onderhavig geding (in de hoofdzaak) wordt aangehouden totdat de Commissie van Aanbestedingsexperts haar advies heeft verstrekt. De vordering in het incident is afgewezen.

1.3. Het verdere verloop van de procedure blijkt uit:

- de door het CJIB overgelegde antwoordakte, met producties;

- de incidentele conclusie tot tussenkomst, subsidiair voeging van [X B.V.]

- de incidentele conclusie tot tussenkomst, subsidiair voeging van GGN c.s., met producties;

- de op 22 december 2016 gehouden mondelinge behandeling, waarbij door alle partijen pleitnotities zijn overgelegd.

1.4. Ter zitting is vonnis bepaald op heden.

2 Het incident tot tussenkomst, althans voeging

2.1. [X B.V.] en GGN c.s. hebben, ieder voor zich, gevorderd te mogen tussenkomen in de procedure tussen de NBG c.s. en het CJIB, althans zich te mogen voegen aan de zijde van het CJIB. Ter zitting hebben de NBG c.s. en het CJIB verklaard geen bezwaar te hebben tegen de tussenkomst. [X B.V.] en GGN c.s. 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. Eiseres sub 1 behartigt krachtens haar statuten de belangen van gerechtsdeurwaarders. Eiseressen sub 2 tot en met 17 zijn deurwaardersorganisaties

die voornemens zijn zich in te schrijven op de in dit kort geding aan de orde zijnde aanbestedingsprocedure.

3.2. Het CJIB int vorderingen van verschillende organisaties/onderdelen van de Rijksoverheid. In het kader van het uitvoeringsprogramma Compacte Rijksdienst is besloten om de gerechtsdeurwaarderstrajecten van het Centraal Administratiekantoor (CAK), het Zorginstituut Nederland (ZIN), de Rijksdienst voor Onderneming Nederland (RVO), de Dienst Uitvoering Onderwijs (DUO) en het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV) centraal bij het CJIB onder te brengen. Beoogd wordt om te gaan werken met een persoonsgerichte incasso, waarbij alle executoriale titels van voornoemde vijf bestuursorganen door het CJIB per debiteur worden aangeboden aan één gerechtsdeurwaarder.

3.3. Om te komen tot persoonsgerichte incasso heeft het CJIB inmiddels drie aanbestedingsprocedures uitgeschreven. De eerste aanbesteding is door het CJIB ingetrokken. De tweede aanbestedingsprocedure is naar aanleiding van vijf afzonderlijke kort gedingen op last van de voorzieningenrechter ingetrokken (vonnissen uitgesproken op 3 september 2015).

3.4. Met het oog op het organiseren van een nieuwe aanbesteding heeft het CJIB een marktconsultatie gehouden. Deze marktconsultatie is op 20 april 2016 aangekondigd op TenderNed. De marktconsultatie heeft op 26 mei 2016 plaatsgevonden.

3.5. Op 15 juli 2016 heeft het CJIB op TenderNed de huidige (derde) Europese aanbestedingsprocedure “Gerechtsdeurwaardersdiensten Clustering Rijksincasso” aangekondigd. De aanbesteding wordt uitgevoerd conform het Europese regime voor sociale en andere specifieke diensten als bedoeld in artikel 2.38 van de Aanbestedingswet 2012 (hierna: AW). De aanbestedingsstukken bestaan uit het “Beschrijvend Document Aanbesteding Gerechtsdeurwaardersdiensten Clustering Rijksincasso” (hierna: het Beschrijvend Document), met als bijlagen (onder meer) het Programma van Eisen en het Concept van de Overeenkomst, alsmede uit (tot heden) zes Nota’s van Inlichtingen (gedateerd respectievelijk 4 augustus 2016, 23 augustus 2016, 12 september 2016, 15 september 2016, 20 oktober 2016 en 1 november 2016, hierna te noemen NvI 1 tot en met NvI 6).

3.6. De opdracht is verdeeld in twintig percelen, waarbij per perceel – afhankelijk van de grootte van het perceel – twee tot veertien gerechtsdeurwaarderskantoren zullen worden geselecteerd. Het CJIB biedt opdrachtnemers een vaste vergoeding voor niet-inbare vorderingen van € 46,13 inclusief BTW. Deze vaste vergoeding wordt uitgekeerd in alle zaken waarin de gerechtsdeurwaarder bij het sluiten van de zaak geen geld afdraagt aan de opdrachtgever en derhalve ook in zaken waarin wel genoeg bij de debiteur is geïnd om de eigen kosten van de deurwaarder geheel of gedeeltelijk op de debiteur te verhalen. De opdracht wordt gegund aan de hand van twee kwalitatieve gunningscriteria, te weten:

- G1: Snelle en betrouwbare herkenning van Debiteuren die geen verhaal (meer) bieden (weegt mee voor 40%); en

- G2: Persoonsgericht incasseren bij Debiteuren die niet direct (het hele bedrag) kunnen betalen (weegt mee voor 60%).

3.7. In het Beschrijvend Document van 15 juli 2016 is, voor zover nu relevant, het volgende opgenomen:

3.1.4 **Inschrijven op maximaal 5 Percelen**

Het is toegestaan om op één of op meerdere Percelen in te schrijven, waarbij elke Inschrijver op maximaal 5 Percelen in mag schrijven via Negometrix. Indien een Inschrijver op meer dan 5 Percelen inschrijft, dan worden al deze Inschrijvingen terzijde gelegd. Er zijn geen restricties voor de Percelen waarop een Inschrijver mag inschrijven; het staat Inschrijver dus vrij om zelf te kiezen op welke Percelen hij gaat inschrijven. Het maximum aantal Percelen dat gegund wordt aan één Opdrachtnemer bedraagt 5.

De Opdrachtgever hanteert deze beperkingen om goede marktwerking te stimuleren met kansen voor het groot, midden- en kleinbedrijf om Percelen te verwerven. De Opdrachtgever streeft naar het contracteren van een substantieel deel van de markt. Het beperken van het aantal Percelen dat aan één Opdrachtnemer kan worden gegund draagt hier in belangrijke mate aan bij. Bijkomende voordelen zijn dat de Opdrachtgever niet afhankelijk wordt van een klein aantal gerechtsdeurwaarderskantoren en dat Inschrijvers naar verwachting zullen inschrijven op Percelen in of nabij hun (primaire) verzorgingsgebied. Dit kan persoonlijk contact tussen de Debiteur en de Gerechtsdeurwaarder vergemakkelijken. Ook biedt de regeling Ge-

rechtsdeurwaarders de mogelijkheid om regionale kennis te benutten en draagt de regeling bij aan efficiency door het beperken van reistijden.

(...)

3.1.5 **Maximaal éénmaal als Inschrijver of onderaannemer inschrijven op een Perceel**

Indien een onderneming op een Perceel inschrijft kan dat slechts éénmaal, hetzij als zelfstandig Inschrijver, hetzij als lid van een Combinatie, hetzij als onderaannemer van een zelfstandig Inschrijver of Combinatie. Indien een situatie zich voordoet waarin een onderaannemer ook als zelfstandig Inschrijver of in Combinatie heeft ingeschreven, zullen beide Inschrijvingen ongeldig worden geacht.

Indien ondernemingen uit dezelfde groep als bedoeld in artikel 2:24a en 2:24b BW op hetzelfde Perceel inschrijven (hetzij als zelfstandig Inschrijver, hetzij als lid van een Combinatie, hetzij als onderaannemer) dienen zij op verzoek van de Opdrachtgever te kunnen aantonen dat zij zelfstandig, dat wil zeggen volledig onafhankelijk en zonder wetenschap van het ter zake relevante marktgedrag van de andere ondernemingen uit dezelfde groep, inschrijven danwel als onderaannemer deelnemen aan de Inschrijving. Kan dit door één of meer ondernemingen uit de groep niet worden aangetoond, dan leidt dit tot ongeldigverklaring van de Inschrijving van deze onderneming(en). Verschillende ondernemingen uit een groep mogen uiteraard wel gezamenlijk inschrijven als Combinatie.

(...)

3.8. Over de regeling met betrekking tot het zelfstandig inschrijven van ondernemingen uit dezelfde groep zijn in het kader van de verschillende Nota's van Inlichtingen diverse vragen gesteld. Voor zover nu relevant luiden deze vragen en de antwoorden daarop als volgt:

Vraag 271, NvI 2:

“Indien ondernemingen uit dezelfde groep als bedoeld in artikel 2:24a en 2:24b BW op hetzelfde perceel inschrijven, dienen zij op verzoek van Opdrachtgever te kunnen aantonen dat zij zelfstandig inschrijven (geheel onafhankelijk van elkaar, zonder wetenschap van het ter zake relevante marktgedrag van andere ondernemingen uit dezelfde groep).

1. *Begrijpen wij het goed dat deze mogelijke toets plaatsvindt om daarmee de concurrentie van inschrijvers binnen het betreffende perceel te waarborgen/*

2. Begrijpen wij het goed dat deze toets niet plaatsvindt indien ondernemingen uit dezelfde groep als bedoeld in artikel 2:24a en 2:24b BW op verschillende percelen inschrijven?”

Antwoord:

“1. Dat is juist.

2. Dat is juist.”

Vraag 349, NvI 3:

“Concernvennootschappen die op hetzelfde perceel inschrijven dienen op verzoek van de opdrachtgever te kunnen aantonen dat zij volledig onafhankelijk en zonder wetenschap van het ter zake relevante marktgedrag van de andere ondernemingen uit dezelfde groep inschrijven. In uw antwoord op vraag 230 (en 231) heeft u aangegeven dat het voorgaande niet geldt wanneer op verschillende percelen wordt ingeschreven. Echter, afstemming tussen concernvennootschappen over de percelen waarop zal worden ingeschreven betreft toch eveneens relevant marktgedrag? Bovendien lijkt u hier uit het oog te verliezen dat niet voor ieder perceel een afzonderlijke uitwerking van de gunningscriteria behoeft te worden ingediend. Dit betekent eveneens dat hierover afstemming kan plaatsvinden tussen de concernvennootschappen die op verschillende percelen inschrijven.”

Antwoord:

“Zowel de keuze om in te schrijven als tegen welke voorwaarden dient zelfstandig te worden bepaald door de onderneming. (Verbonden) ondernemingen mogen dus geen afspraken met elkaar maken over het al dan niet inschrijven op één of meer Percelen.”

Vraag 366, NvI 3:

“In paragraaf 5.2.1 geeft u aan dat de inschrijving geanonimiseerd ingediend moet worden. In vraag 271 en paragraaf 3.1.5 geeft u aan welke eisen worden gesteld aan onafhankelijkheid en zelfstandig inschrijven. Nu partijen geanonimiseerd stukken inleveren lijkt het ons dat het voor beoordelaars zo goed als onmogelijk is om deze onafhankelijkheid en zelfstandigheid vast te stellen. In antwoord op vraag 243 geeft u aan dat er door anderen dan de beoordelaars wordt gecontroleerd op vormvereisten. Het is in uw belang en dat van inschrijvers dat nog voordat besloten wordt over voorlopige gunning inschrijvingen die de toets op onafhankelijkheid en zelfstandigheid niet kunnen doorstaan worden uitgesloten. Kunt u bevestigen dat de inschrijvingen nog voor het nemen van het voorlopige gunningsbesluit worden getoetst op onafhankelijkheid en zelfstandigheid en dat deze toets niet wordt gedaan door beoordelaars.”

Antwoord:

“Een inkoopteam (bestaande uit niet-beoordelaars) van de Opdrachtgever zal beoordelen of sprake lijkt van afgestemde inschrijving van Inschrijvers die onderdeel uitmaken van dezelfde groep. Bij twijfel zal de Opdrachtgever deze Inschrijvers vragen aan te tonen dat de Inschrijvingen zelfstandig tot stand zijn gekomen.”

3.9. In NvI 4 is – in verband met het antwoord op vraag 349 – het antwoord op vraag 271 aangepast. Het antwoord op het tweede onderdeel van vraag 271 is komen te luiden:

“2. Nee, de toets kan ook plaatsvinden indien ondernemingen uit dezelfde groep als bedoeld in artikel 2:24a en 2:24b BW op verschillende Percelen inschrijven. Zie verder de antwoorden op vragen 349 en 423. Daarnaast zijn in paragraaf 3.1.5 van het gewijzigde Beschrijvend Document de woorden “op hetzelfde Perceel” verwijderd.”

3.10. (Mede) naar aanleiding van door de NBG c.s. en GGN c.s. bij het Klachtenmeldpunt aanbesteden OCW ingediende klachten zijn bij NvI 5 de volgende wijzigingen doorgevoerd, voor zover nu relevant:

- Het antwoord op het tweede deel van vraag 271 is komen te luiden:

“2. Dat is juist. De Opdrachtgever beperkt deze toets tot de in het Beschrijvend Document gestelde eis die betrekking heeft op inschrijving op hetzelfde Perceel. Zie in dit verband ook mededeling 429. Met deze eis wordt de concurrentie op perceelsniveau gewaarborgd. Dat betekent overigens niet dat het alle verbonden ondernemingen (of andere Inschrijvers) in de Aanbesteding zonder meer is toegestaan hun inschrijfgedrag met elkaar af te stemmen indien zij inschrijven op verschillende percelen. Het spreekt vanzelf dat Inschrijvers te allen tijd – dat wil zeggen: ongeacht de eisen die in het Beschrijvend Document worden gesteld en de daarmee verband houdende toetsing – het mededingingsrecht dienen na te leven. Uit het mededingingsrecht volgt dat afstemming tussen ondernemingen die de mededinging beperkt, verboden is. Alleen ondernemingen die een economische eenheid vormen kunnen bedoelde afspraken maken zonder daarmee in strijd te komen met het kartelverbod (vgl. o.a. HvJ EG 24 oktober 1996, Viho/Commissie, zaak C-73/95 P, punt 17). Ondernemingen uit dezelfde groep als bedoeld in artikel 2:24a en 2:24b BW als bedoeld in paragraaf 3.1.5 van het Beschrijvend Document vormen veelal een economische eenheid. Het is aan de Inschrijvers om te onderken-

nen of hun handelen (in het kader van de Inschrijving) in overeenstemming is met het mededingingsrecht.”

- Het antwoord op vraag 349 is komen te luiden: “Zie het antwoord op vraag 271 onder 2 en mededeling 429.”

3.11. In mededeling 429 in NvI 5 is, voor zover nu relevant, het volgende opgenomen:

“(…)

Naar aanleiding van een klacht van een van de (potentiële) Inschrijvers is – na Nota van Inlichtingen 4 – duidelijk geworden dat sommige verbonden ondernemingen hun Inschrijvingen voor verschillende Percelen voor 12 september 2016 (datum Nota van Inlichtingen 3/antwoord vraag 349) al binnen het concern hadden afgestemd.

Het Klachtenmeldpunt heeft geoordeeld dat de uitbreiding van het afstemverbod in antwoord op vraag 349 de voorwaarden van de aanbesteding wezenlijk wijzigde en heeft de Opdrachtgever geadviseerd dit op te lossen door de voorwaarden van de Aanbesteding aan te passen op een zodanige wijze dat de oorspronkelijke regels weer gelden.

De Opdrachtgever volgt het advies van het Klachtenmeldpunt, in die zin, dat zij zal terugkeren naar de regels die ten tijde van de aanvang van de Aanbesteding in het Beschrijvend Document aan de deelname van groepsvennootschappen waren gesteld. Dit houdt in dat de woorden “op hetzelfde Perceel” weer worden toegevoegd aan paragraaf 3.1.5 van het Beschrijvend Document. Deze regels houden in dat het verbonden ondernemingen – evenals andere inschrijvers – is toegestaan met meerdere vennootschappen op hetzelfde perceel in te schrijven indien (desgevraagd) kan worden aangetoond dat de inschrijvingen onafhankelijk van elkaar tot stand zijn gekomen.

“(…)

In de Aanbesteding is niet de suggestie gewekt dat het Inschrijvers is toegestaan afspraken te maken in strijd met het mededingingsrecht. Integendeel, door het van toepassing verklaren van artikel 2.87 eerste lid onder d van de Aanbestedingswet 2012 is benadrukt dat het mededingingsrecht in het kader van de onderhavige Aanbesteding dient te worden nageleefd. Ook met het gestelde in paragraaf 3.1.5 van het Beschrijvend Document wordt rekening gehouden met de concurrentiebelangen. Door te verbieden dat met meer dan één onderneming binnen een groepsvennootschap op één en hetzelfde Perceel wordt ingeschreven, tenzij deze vennootschappen kunnen aantonen volledig zelf-

standig te hebben ingeschreven, heeft de Opdrachtgever de concurrentie op perceelniveau/opdrachtniveau geborgd.

“(…)

3.12. Op 5 oktober 2016 heeft een studie- en actualiteitenmiddag plaatsgevonden, georganiseerd door het Deurwaarderscollectief Nederland. Tijdens die middag heeft mevrouw [A], accountmanager schuldregeling bij het CJIB, een presentatie gegeven over zogenaamde “niet willers” en “niet kunners”. Op 6 oktober 2016 heeft een door het Ministerie van Veiligheid en Justitie georganiseerde studiemiddag “Reflecties over inningsbeleid bij “niet willers”” plaatsgevonden. Voor deze bijeenkomst is de Koninklijke Beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders (KBvG) uitgenodigd.

3.13. De NBG c.s. heeft een klacht ingediend bij Klachtenmeldpunt aanbesteden OCW, omdat volgens haar het level playing field van de aanbesteding als gevolg van de onder 3.12 genoemde bijeenkomsten is verstoord. Deze klacht is door het CJIB ongegrond verklaard, omdat volgens hem van verstoring van het level playing field geen sprake is. In NvI 5 is hierover, voor zover het nu relevant, in mededeling 430 het volgende mededeeld:

“(…)

De studiemiddag van het ministerie van 6 oktober – waarvoor als vertegenwoordiger van de gerechtsdeurwaardersbranche alleen de KBvG was uitgenodigd had – zoals ook blijkt uit het verslag dat als Bijlage I.1 dat bij deze Nota van Inlichtingen is gevoegd – louter een explorerend karakter. Het doel van de middag was niet om invulling te geven aan onderwerpen die in de Aanbesteding zijn uitgevraagd. Om die reden is geen sprake van informatie waarmee de deelnemers van de bijeenkomst (waaronder leden van het bestuur van de KBvG) bij inschrijving hun voordeel zouden kunnen doen. Dit blijkt ook uit de gedeelde informatie op deze middag. Dat betreft ten eerste een presentatie door mevrouw [B] van het ministerie over het kwadrantenmodel. Dit model is ook reeds aan de orde gekomen in de presentatie zoals deze door mevrouw [C] is gehouden op de informatiebijeenkomst d.d. 5 juli (zie Bijlage E.3; deze presentatie was een Bijlage bij de aanbestedingsstukken die op 15 juli zijn gepubliceerd).

“(…)

Het kwadrantenmodel is tijdens de studiemiddag enkel door het ministerie besproken. Deze bespreking/toelichting heeft niet tot doel gehad om aan-

vullende informatie te verstrekken over de Aanbesteding. Ter vermijding van iedere discussie verstrekt de Opdrachtgever in het kader van Nota van Inlichtingen 5 niettemin:

1) Bijlage 1.1 - Verslag studiemiddag 6 oktober 2016;

2) Bijlage 1.2 - Presentatie mevrouw [B] over kwadrantenmodel 6 oktober 2016.

Naast mevrouw [B] heeft de heer [Hoogleraar] (Hoogleraar rechtssociologie aan de Rijksuniversiteit Groningen) tijdens de studiemiddag van 6 oktober een presentatie verzorgd. Deze presentatie gaat over zijn onderzoek in 2012 naar de invloed van legitimiteit op het nalevings- en betalingsgedrag van CJIB-debiteuren. Dit onderzoek is openbaar en kan op het internet worden geraadpleegd (<http://www.handhavingvanonderop.nl/wp-content/uploads/2014/05/Een-factuurkje-uit-Leeuwarden.pdf>). Het staat inschrijvers vrij kennis te nemen van het onderzoek van de heer [Hoogleraar]. Het onderzoek van de heer [Hoogleraar] staat evenwel los van de Aanbesteding en vertegenwoordigt evenmin de visie van het de Opdrachtgever.

De studie- en actualiteitendag van DCN van 5 oktober had als doel om kennis over te dragen inzake het invorderen van (belasting)schulden kwijtschelding, schuldhulpverlening, bewindvoering en andere actuele zaken. Voor deze studiedag konden alle deurwaarders zich inschrijven. Deze studiedag is niet door de Opdrachtgever georganiseerd.

Tijdens de studiedag kwamen diverse uiteenlopende onderwerpen aan de orde. Onder andere 'het betalen van schulden: "niet kunnen" en "niet willen" in de praktijk van het CJIB'. Een presentatie hierover (zie Bijlage 1.3 bij deze Nota van Inlichtingen 5) is op verzoek van DCN gegeven door mevrouw [accountmanager] die als accountmanager schuldregeling verbonden is aan de Opdrachtgever. Deze presentatie is grotendeels een algemene presentatie over het CJIB. De presentatie bevat overeenkomsten met de presentatie zoals deze door mevrouw [C] in het kader van de Aanbesteding is gehouden op de informatiebijeenkomst d.d. 5 juli. De presentatie van mevrouw [accountmanager] gaat aanvullend in op de eigen werkwijze van het CJIB met betrekking tot effectief, efficiënt & maatschappelijk verantwoord innen & incasseren (zie met name sheet 11 t/m 20 van Bijlage 1.3). Dit betreft activiteiten die door het CJIB zelf zijn verricht (deze activiteiten worden ook beschreven op de website van het CJIB (<http://www.cjib.nl>)). Deze activiteiten vormen geen nadere uitwerking van de in de Aanbesteding

gehanteerde Gunningcriteria en/of beoordelingskaders. Voor de duidelijkheid: het beoordelingsmodel van de Aanbesteding ziet op hetgeen de Gerechtsdeurwaarder kan realiseren en niet op hetgeen het CJIB reeds gerealiseerd heeft (waar delen van de betreffende presentatie op ingingen). Daarnaast zijn in de presentatie van mevrouw [accountmanager] enkele openbare wettelijke ontwikkelingen benoemd.

Ter vermijding van iedere discussie verstrekt de Opdrachtgever niettemin alle beschikbare inhoudelijke informatie over de presentatie van mevrouw [accountmanager] (zie Bijlage 1.3 bij deze Nota van Inlichtingen 5).

Daarbij merkt de Opdrachtgever uitdrukkelijk op dat het hier louter gaat om achtergrondinformatie en dat met het ter beschikking stellen van de informatie niet wordt

beoogd enige versterking van het level playing field te herstellen (daarvan is immers geen

sprake). Evenmin wordt met het verstrekken van de informatie een nadere invulling gegeven aan de Gunningcriteria en/of aan de in het Beschrijvend Document neergelegde beoordelingskaders."

4 Het geschil

4.1. De NBG c.s. vordert – zakelijk weergegeven –:

– primair:

I. het CJIB – indien hij de aanbestedingsprocedure nog wenst voort te zetten – te bevelen (de voorwaarden van) de aanbestedingsprocedure binnen vier weken zodanig aan te passen dat deze, met inachtneming van het in dit vonnis bepaalde en de belangen van de NBG c.s., alsnog in overeenstemming is met het aanbestedingsrecht en dat het level playing field is hersteld;

– subsidiair:

II. het CJIB te bevelen de lopende aanbestedingsprocedure af te breken;

III. het CJIB te verbieden de opdracht onder deze aanbestedingsprocedure definitief te gunnen;

IV. het CJIB te bevelen, indien het CJIB alsnog wenst te gunnen, de opdracht met inachtneming van dit vonnis opnieuw aan te besteden; alles met veroordeling van het CJIB in de kosten van dit geding.

4.2. Daartoe voert de NBG c.s. – samengevat – het volgende aan. Het CJIB handelt onrechtmatig door de wijziging van paragraaf 3.1.5 van het Beschrijvend Document – die hij aanvankelijk zelf noodzakelijk vond – terug te draaien. Voor verbonden ondernemingen die tot hetzelfde concern

behoren is het nu toegestaan om op meer dan vijf percelen in te schrijven, zonder te hoeven aantonen dat zij door Chinese Walls gescheiden zijn. Het CJIB creëert daarmee een ongeoorloofde ongelijkheid. Het CJIB maakt onderscheid tussen een onderneming in de zin van het mededingingsrecht en een onderneming in de zin van de onderhavige aanbesteding (waarbij aangesloten wordt bij het vennootschapsrecht). In het mededingingsrecht is een onderneming elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht de wijze waarop zij wordt gefinancierd en of zij uit meerdere vennootschappen bestaat of niet. Bij deze aanbesteding ziet het CJIB een onderneming als de individuele rechtspersoon die inschrijft op de aanbesteding. Weliswaar geldt op perceelsniveau het vereiste dat de inschrijving onafhankelijk tot stand moet zijn gekomen, maar buiten de percelen om geldt dat vereiste niet. Uit de jurisprudentie volgt echter dat er een zekere mate van autonomie hoort te zijn, om als onderneming te kwalificeren, in elk geval met betrekking tot de beslissing over deelname aan openbare aanbestedingen, waarbij het perceelsniveau niet van belang is. De opvatting van het CJIB verhoudt zich niet met het uit de jurisprudentie voortvloeiende begrip “onderneming” en daardoor ontstaat de ongelijke situatie dat inschrijvers die toevalligerwijs uit veel vennootschappen bestaan – en desondanks een economische eenheid vormen – op aanzienlijk meer dan vijf percelen mogen inschrijven en daardoor aanzienlijk meer kans hebben op gunning van een perceel, dan materieel gelijkwaardige inschrijvers die uit één vennootschap bestaan en daarom maar op vijf percelen mogen inschrijven. Voor deze ongelijkheid is geen rechtvaardiging, terwijl deze op eenvoudige wijze weg te nemen is met herintroductie van het verbod om binnen een concern de inschrijving op verschillende percelen onderling af te stemmen.

4.3. De NBG c.s. stelt zich voorts op het standpunt dat in dit geval een algeheel inschrijfverbod voor verbonden ondernemingen moet worden opgenomen, in die zin dat per concern slechts op vijf percelen mag worden ingeschreven (een categorisch inschrijfverbod). Voor een dergelijk verbod zijn vele redenen. De deurwaardersbranche kenmerkt zich door een centrale aansturing, zodat het niet zal voorkomen dat verbonden ondernemingen in staat zullen zijn aan te tonen dat hun inschrijving onafhankelijk tot stand is gekomen. Elke Chinese Wall ontbreekt bij verbonden onder-

nemingen in de deurwaardersbranche. De specifieke branchekenmerken maken dat het begrip onderneming zoals het CJIB hanteert niet houdbaar is. Elk concern is in feite één gerechtsdeurwaarderskantoor met meerdere vestigingen. Voor zover het concern uit afzonderlijke rechtspersonen bestaat, zijn die per definitie een nauw onderling verbonden economische eenheid. Het is daarom niet opportuun om in eventuele grensgevallen toch de mogelijkheid te bieden met meerdere vennootschappen in te schrijven.

4.4. Voor zover een categorisch verbod te ver gaan, moet in elk geval veel duidelijker worden vastgelegd in welke gevallen de toets uit paragraaf 3.1.5 door het CJIB wordt uitgevoerd en welke criteria daarbij worden gehanteerd. Het CJIB geeft daar nu geen duidelijkheid over en de NBG c.s. heeft er geen enkel vertrouwen in dat die toets op adequate wijze wordt uitgevoerd. Bovendien hebben de inschrijvende partijen hierdoor geen duidelijke kaders met betrekking tot hetgeen zij kunnen verwachten en is het voor ondernemingen die tot dezelfde groep behoren onduidelijk wanneer zij wel of niet kunnen inschrijven. Juist vanwege de concrete omstandigheden op de markt van gerechtsdeurwaarders is die duidelijkheid van cruciaal belang. Het CJIB is op grond van het transparantiebeginsel gehouden die duidelijkheid te geven. Het effectiviteitsbeginsel brengt voorts met zich mee dat de informatie over welke partijen hebben ingeschreven en in hoeverre dat onafhankelijk is gedaan, bekend moet worden gemaakt aan andere inschrijvers, bij gebreke waarvan inschrijvers geen vervaltermijn kan worden tegenovergeworpen. Ook uit artikel 2.130 Aw vloeit voort dat de gunnings- of afwijzingsbrief de relevante redenen voor de gunningsbeslissing bevat. Hoe ver die motivering moet gaan, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, maar in casu is voor gunning relevant de mate waarin een inschrijving onafhankelijk tot stand is gekomen. Het CJIB is daarom gehouden in de gunningsbeslissing de namen van alle inschrijvers bekend te maken en wanneer het gaat om een verbonden onderneming te onderbouwen waarom het CJIB van mening is dat de inschrijving onafhankelijk tot stand is gekomen. Door deze informatie niet te verstrekken, belemmert het CJIB de rechtsbescherming, omdat inschrijvers niet in staat zijn om te controleren of de concurrenten zich wel hebben gehouden aan de regeling omtrent concerninschrijvingen.

4.5. Tot slot voert de NBG c.s. aan dat er sprake is van verstoring van het level playing field. Tijdens de bijeenkomsten op 5 oktober 2016 en 6 oktober 2016 zijn tussen het CJIB en de aldaar aanwezige gerechtsdeurwaarders gegevens uitgewisseld die van belang zijn voor de gunning op onderhavige aanbesteding. Het CJIB is verplicht inschrijvers op gelijke en niet-discriminerende wijze te behandelen en transparantie in zijn handelen te betrachten. Op grond van jurisprudentie rust op de aanbestedende dienst de verplichting om proactief na te gaan of deze beginselen in acht worden genomen en zo nodig passende maatregelen te nemen. In dit geval wordt in strijd met die beginselen het level playing field verstoord, doordat sommige inschrijvers – als gevolg van een aan het CJIB toe te rekenen omstandigheid – over meer voor de aanbesteding relevante informatie beschikken dan andere inschrijvers. Deze verstoring van het level playing field en het handelen in strijd met het Beschrijvend Document (waarin is bepaald dat gedurende de looptijd van de aanbesteding geen contact is toegestaan met medewerkers van het CJIB om informatie te vergaren over deze aanbesteding) is niet teruggedraaid door de alsnog ter beschikking gestelde gegevens van de bijeenkomsten. Juist de niet gedocumenteerde informele uitingen, gedachtewisselingen, ideeën en opmerkingen zullen inspireren en tot een dynamische discussie leiden. Degelijke bijeenkomsten zijn de perfecte voedingsbodem voor nieuwe inzichten en bevatten de ideale ingrediënten voor het ontstaan van nieuwe denkrichtingen, zeker nu het centrale thema van de bijeenkomsten vrijwel één op één de gunningscriteria van deze aanbesteding betrof. Door aanwezig te zijn bij de bijeenkomsten ontstaat, aldus de NBG c.s., meer 'feeling' bij de eisen en wensen van het CJIB.

4.6. Het CJIB, [X B.V.] en GGN c.s. voeren emotioneel verweer, dat hierna, voor zover nodig, zal worden besproken.

4.7. [X B.V.] vordert – zakelijk weergegeven – de NBG c.s. niet-ontvankelijk te verklaren, althans haar vordering af te wijzen, en het CJIB te veroordelen de aanbestedingsdocumenten zoals deze luiden na de vijfde nota van inlichting te handhaven, indien en voor zover het CJIB de opdracht nog wil verstrekken, met veroordeling van de NBG c.s. en/of het CJIB in de proceskosten.

4.8. Verkort weergegeven stelt [X B.V.] daartoe dat wil zij kunnen meedingen naar verwerving van de opdracht, zonder de beperkingen die de NBG c.s. beoogt.

4.9. GGN c.s. vordert – zakelijk weergegeven –:
- primair de NBG c.s. niet-ontvankelijk te verklaren in haar vordering, althans haar vordering ongegrond te verklaren of af te wijzen;
- subsidiair het CJIB te gebieden de aanbestedingsprocedure te staken en gestaakt te houden en – voor zover het CJIB deze opdracht alsnog wenst te gunnen – tot heraanbesteding over te gaan, althans een voorziening te treffen die recht doet aan de belangen van GGN c.s.;
alles met veroordeling van de NBG c.s. en/of CJIB in de kosten van dit geding.

4.10. Verkort weergegeven stelt GGN c.s. daartoe dat de vorderingen van de NBG c.s. onvoldoende bepaalbaar zijn en reeds daarom niet toewijsbaar zijn. Bovendien probeert de NBG c.s. GGN c.s. en andere marktpartijen die zijn georganiseerd als concern uit te schakelen als concurrent en vraagt zij de voorzieningenrechter de achterban van de NBG c.s. – kleine gerechtsdeurwaarderskantoren – te bevoordelen. Aan een dergelijke marktverstoring moet de voorzieningenrechter niet meewerken. Indien de primaire vordering van de NBG c.s. wordt toegewezen in die zin dat de concernregeling herleeft als bedoeld in NvI 4, moet de aanbestedingsprocedure worden gestaakt en moet het CJIB, desgewenst, overgaan tot heraanbesteding, bij gebreke waarvan het CJIB handelt in strijd met diverse rechtsplichten en aanbestedingsrechtelijke beginselen. Deze beginselen verzetten zich tegen een aanbesteding waarin gaandeweg de spelregels op zodanige wijze worden gewijzigd dat het GGN c.s. onmogelijk, althans veel moeilijker, wordt gemaakt om zich nog in te schrijven.

4.11. Voor zover nodig zullen de standpunten van de NBG c.s., het CJIB en GGN c.s. respectievelijk [X B.V.] met betrekking tot de vorderingen van [X B.V.] respectievelijk GGN c.s. hierna worden besproken.

5 De beoordeling van het geschil

Eerste bezwaar: concernregeling

5.1. Onderhavige opdracht is onderverdeeld in twintig percelen. Op grond van paragraaf 3.1.4 van het Beschrijvend Document mag elke inschrijver op maximaal vijf percelen inschrijven. Ingevolge paragraaf 3.1.5 van het Beschrijvend Document moeten ondernemingen uit dezelfde groep

(als bedoeld in artikel 2:24a en 2:24b BW) die op hetzelfde perceel inschrijven op verzoek van het CJIB kunnen aantonen dat zij zelfstandig inschrijven (hierna ook te noemen: de concernregeling) Deze concernregeling – en hoe ver deze regeling moet gaan – is kern van het eerste bezwaar van de NBG c.s..

5.2. De voorzieningenrechter overweegt dat – anders dan de NBG c.s. betoogt – het CJIB terecht onderscheid maakt tussen het mededingingsrechtelijke begrip “onderneming” en het aanbestedingsrechtelijke begrip “inschrijver”. In het mededingingsrecht wordt onder het begrip “onderneming” verstaan elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht de rechtsvorm en de wijze van financiering, waarbij de juridische vorm niet bepalend is. Het begrip onderneming valt dus in het mededingingsrecht niet noodzakelijkerwijs samen met het begrip “rechtspersoon” en kan, afhankelijk van de omstandigheden, bestaan uit meerdere rechtspersonen tezamen. In de zin van het mededingingsrecht kan een concern derhalve een “onderneming” zijn. Deze betekenis van het begrip “onderneming” kan echter niet gelijk worden gesteld met het begrip “inschrijver” in een (deze) aanbesteding. In het Assitur-arrest (HvJEU, 19 mei 2009, zaak C-538/07 is overwogen dat het gemeenschapsrecht zich verzet tegen een nationale bepaling die voor ondernemingen waartussen een afhankelijkheidsverhouding bestaat of die onderling zijn verbonden een absoluut verbod instelt om tegelijk en als concurrenten aan eenzelfde aanbesteding deel te nemen, zonder hun de mogelijkheid te bieden aan te tonen dat deze verhouding hun respectieve gedrag in het kader van de aanbesteding niet heeft beïnvloed. Hieruit volgt dat een categorisch verbod voor verschillende rechtspersonen van een concern om in te schrijven op één aanbesteding verboden is. Reeds daarom kan het mededingingsrechtelijke begrip “onderneming” niet gelijk gesteld worden met de aanbestedingsrechtelijke “inschrijver”. Een aanbestedende dienst moet derhalve in beginsel de mogelijkheid openlaten voor verschillende rechtspersonen binnen een concern om op een opdracht in te schrijven.

5.3. Dat door deze definitie van het begrip “inschrijver” de situatie ontstaat dat gerechtsdeurwaardersorganisaties die zich hebben georganiseerd in een concern dat uit verschillende rechtspersonen bestaat, op meer percelen kunnen inschrijven dan gerechtsdeurwaarderskantoren die

met één rechtspersoon opereren levert geen schending van het gelijkheidsbeginsel door het CJIB op. De feitelijke situatie is dat verschillende deurwaarderskantoren zich op verschillende wijzen hebben georganiseerd. Dat dat een ongelijke situatie oplevert, die door het CJIB in de aanbesteding rechtgetrokken zou moeten worden, valt niet in te zien. Het aanbestedingsrecht is niet bedoeld om marktordenend op te treden door verschillen in bedrijfsstructuren op te heffen, maar om zoveel mogelijk concurrentie voor een opdracht op te roepen. Anders dan de NBG c.s. stelt, is er een objectief gerechtvaardigd onderscheid, indien gerechtsdeurwaardersorganisaties door de inrichting van hun organisatie in staat zijn met verschillende rechtspersonen in te schrijven (ervan uitgaande dat die rechtspersonen dan ook zelfstandig aan alle eisen van de opdracht kunnen voldoen), ook als andere deurwaardersorganisaties die mogelijkheid niet hebben.

5.4. De NBG c.s. betoogt – op zich terecht – dat het op grond van het Assitur-arrest niet verboden is, om in een concreet geval meerdere inschrijvingen van een concern te verbieden. Het Assitur-arrest heeft immers betrekking op een nationale bepaling waarin een dergelijk absoluut verbod is opgenomen en laat onverlet de mogelijkheid om in een concrete aanbesteding, indien daartoe aanleiding bestaat, meerdere inschrijvingen door een concern te verbieden. Dat laat echter onverlet dat in onderhavige situatie niet gebleken is van zodanige omstandigheden dat op de aanbestedende dienst – zoals de NBG c.s. betoogt – een rechtsplicht rust om een dergelijk verbod op te nemen. In dit verband overweegt de voorzieningenrechter dat de aanbesteding in verschillende percelen is verdeeld en dat de opdrachten per perceel worden gegund. De – met de aanbesteding op te roepen – concurrentie tussen de verschillende inschrijvers dient plaats te vinden binnen één perceel. Dat binnen deze aanbesteding verschillende percelen worden gegund, betekent niet dat ook concurrentie wordt opgeroepen (of moet worden opgeroepen) tussen de inschrijvers op verschillende percelen. Van concurrentievervalsing is dan ook geen sprake als verschillende ondernemingen die behoren tot één concern op verschillende percelen inschrijven. Indien sprake is van inschrijvingen van verschillende ondernemingen van één concern op hetzelfde perceel, is de concurrentie door het bepaalde in paragraaf 3.1.5 van het Be-

schrijvend Document voldoende gewaarborgd (vgl. hierover ook hetgeen onder 5.6 wordt overwogen).

5.5. Gezien al het vorenstaande bestaat voor het door de NBG c.s. beoogde categorische verbod geen grond. De stellingen van de NBG c.s. met betrekking tot herintroductie van het verbod om binnen een concern de inschrijving op verschillende percelen onderling af te stemmen treffen evenmin doel. Voor zover de NBG c.s. deze stellingen grondt op het pleidooi dat een concern met verschillende rechtspersonen gelijkgesteld moet worden met een gerechtsdeurwaarderskantoor met verschillende vestigingen volgt reeds uit het vorenstaande dat dit pleidooi niet slaagt. Ook anderszins is er voor de door de NBG c.s. beoogde herintroductie van het verbod geen aanleiding. Alle inschrijvers moeten in het kader van de aanbesteding het mededingingsrecht naleven. Dat geldt in algemene zin en is door het CJIB ook uitdrukkelijk in de aanbestedingsstukken opgenomen (vgl. onder andere mededeling 429, NvI 5). Mededingingsrechtelijk is aan verbonden ondernemingen meer afstemming toegestaan (bijvoorbeeld het maken van marktverdelingsafspraken) dan aan niet verbonden ondernemingen. Nu de concurrentie binnen de percelen plaatsvindt en is gewaarborgd, valt niet in te zien waarom verbonden ondernemingen bij inschrijving op verschillende percelen moeten worden geconfronteerd met strengere regels dan die waar het mededingingsrecht reeds in voorziet.

5.6. De NBG c.s. stelt in het licht van haar bezwaren tegen de concernregeling tot slot dat duidelijker moet worden vastgelegd in welke gevallen de toets van paragraaf 3.1.5 door het CJIB wordt uitgevoerd en welke criteria daarbij worden gehanteerd. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter bieden de aanbestedingsstukken op dit punt echter voldoende transparantie, door de omschrijving in paragraaf 3.1.5 van het Beschrijvend Document dat ondernemingen uit dezelfde groep als bedoeld in artikel 2:24a en 2:24b BW moeten kunnen aantonen dat zij zelfstandig, volledig onafhankelijk en zonder wetenschap van het ter zake relevante marktgedrag van de andere ondernemingen uit de groep, inschrijven. Anders dan de NBG c.s. betoogt is deze bepaling duidelijk en is voor – een normaal oplettend en goed geïnformeerd – inschrijver voldoende inzichtelijk wat in dit verband van hem verwacht wordt. Nadere invulling van deze bepaling hoeft van het CJIB niet gevergd

te worden, nu – zoals het CJIB terecht stelt – een uitputtende regeling niet getroffen kan worden. De wijze waarop de onafhankelijkheid van een inschrijving door een inschrijver wordt gewaarborgd is immers afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval, zoals bedrijfsvoering en werkwijze van de betreffende onderneming. Ook de wijze waarop het CJIB vervolgens toetst of de inschrijving daadwerkelijk onafhankelijk tot stand is gekomen is vervolgens afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval. Nu gewaarborgd is dat het CJIB daadwerkelijk de inschrijvingen laat beoordelen op de vraag of sprake lijkt van een afgestemde inschrijving (zie vraag 366 en het antwoord daarop in NvI 3) komt het CJIB bovendien reeds tegemoet aan het bezwaar van de NBG c.s. dat onduidelijk is in welke gevallen het CJIB de toets van paragraaf 3.1.5 van het Beschrijvend Document zal toepassen.

5.7. De voorzieningenrechter overweegt dat in onderhavige aanbesteding, gezien het bepaalde in artikel 2.39, lid 2, Aw, artikel 2.130 Aw toepassing mist. Dat laat onverlet dat het CJIB gehouden is alle inschrijvers te informeren over de (voorgenomen) gunningsbeslissing. Daarbij moeten inschrijvers, ook als dat artikel 2.130 Aw toepassing mist – met het oog op het aan hun toekomende recht op rechtsbescherming – worden geïnformeerd over de relevante redenen voor de gunningsbeslissing, waaronder in ieder geval dienen te worden verstaan de kenmerken en voordelen van de uitgekozen inschrijving. Deze verplichting reikt echter niet zo ver dat het CJIB, zoals de NBG c.s. pleit, gehouden is informatie te verstrekken over de inschrijvers per perceel en over de uitslag van het op grond van paragraaf 3.1.5 van het Beschrijvend Document uitgevoerde onderzoek. Die informatie heeft immers geen betrekking op de kenmerken en voordelen van de uitgekozen inschrijving.

Tweede bezwaar: verstoring level playing field

5.8. De voorzieningenrechter overweegt dat voor zover door het verstrekken van informatie op de bijeenkomsten op 5 en 6 oktober 2016 door het CJIB het level playing field al is verstoord, die verstoring is weggenomen doordat die informatie inmiddels beschikbaar is voor alle potentiële inschrijvers. Dat ten aanzien van die bijeenkomsten anderszins nog sprake zou zijn van verstoring van het level playing field is niet gebleken. In dit verband mag niet uit het oog verloren worden dat de door het Deurwaarderscollectief Nederland

georganiseerde bijeenkomst toegankelijk was voor alle gerechtsdeurwaarders en dat voor de door de bijeenkomst van 6 oktober 2016 de KBvG – vertegenwoordiger van de gehele beroepsgroep – was uitgenodigd. De NBG c.s. heeft bovendien niet inzichtelijk gemaakt of geconcretiseerd over welke informatie de aan de bijeenkomst deelnemende gerechtsdeurwaarders beschikken die leidt tot verstoring van het level playing field. Dat deelnemers aan de bijeenkomsten meer ‘feeling’ zouden hebben bij de eisen en wensen van het CJIB, is door de NBG c.s. onvoldoende geconcretiseerd. Volledigheidshalve merkt de voorzieningenrechter nog op dat, zoals het CJIB terecht aanvoert, een level playing field niet inhoudt dat iedere inschrijver bij de aanbesteding over hetzelfde kennisniveau beschikt, maar wel dat alle inschrijvers voldoende informatie ter beschikking krijgen om hun inschrijving op concurrerende wijze te kunnen vormgeven. Dat het CJIB bij ter beschikking stellen van informatie aan de inschrijvers het level playing field heeft verstoord, is niet gebleken.

Slotsom, vorderingen tussenkomers en proceskosten
5.9. Uit al het vorenstaande volgt dat de vorderingen van de NBG c.s. zullen worden afgewezen. Nu het CJIB voornemens is de aanbestedingsstukken thans niet meer te wijzigen, brengt voormelde beslissing mee dat [X B.V.] geen belang (meer) heeft bij toewijzing van haar vorderingen, zodat deze worden afgewezen. Door voormelde beslissing heeft GGN c.s. geen belang meer bij haar vorderingen, zodat ook die worden afgewezen.
5.10.

[X B.V.] en GGN c.s. zullen worden veroordeeld in de kosten van het CJIB, welke kosten worden begroot op nihil, nu niet is gebleken dat CJIB als gevolg van deze vorderingen extra kosten heeft moeten maken. Ondanks de afwijzing moet de NBG c.s. in haar verhouding tot [X B.V.] en GGN c.s. worden aangemerkt als de in het ongelijk gestelde partij. Het doel van [X B.V.] en GGN c.s. was immers te voorkomen dat de aanbestedingsprocedure zou worden gewijzigd op de door de NBG c.s. beoogde wijze, welk doel is bereikt. De NBG c.s. zal dan ook worden veroordeeld in de proceskosten van [X B.V.] en GGN c.s.. Voorts zal de NBG c.s., als de in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de proceskosten aan de zijde van het CJIB. Voor veroordeling in de nakosten bestaat geen grond, nu de kostenver-

oordeling 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 de NBG c.s., [X B.V.] en GGN c.s. af;
- 6.2. veroordeelt [X B.V.] en GGN c.s. voor wat betreft de door hun ingestelde vorderingen jegens het CJIB in de kosten van het CJIB, tot dusver begroot op nihil;
- 6.3. veroordeelt de NBG c.s. in de overige proceskosten, tot dusver begroot aan de zijde van zowel het CJIB, [X B.V.] als GGN c.s. telkens op € 1.435,-, waarvan € 619,- aan griffierecht en € 816,- aan salaris advocaat;
- 6.4. bepaalt dat de verschuldigde proceskosten dienen te worden voldaan binnen veertien dagen nadat dit vonnis is uitgesproken en dat – bij gebreke daarvan – daarover de wettelijke rente verschuldigd is;
- 6.5. verklaart deze proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

Level playing field in het aanbestedingsrecht: het verschil van het begrip ‘onderneming’ in mededingings- en aanbestedingsrechtelijke context en meerdere inschrijvingen van verschillende inschrijvers binnen één concern

Inleiding

Effectieve en eerlijke mededinging is één van de uitgangspunten binnen het aanbestedingsrecht. In onderhavige zaak blijkt dat het mededingingsrecht en het aanbestedingsrecht elkaar kunnen kruisen en voor onnodige verwarring kunnen zorgen. Vaak worden – en kunnen ook – de principes en begrippen uit beide rechtsgebieden kruiselings worden toegepast, maar er zijn ook gevallen waarin een duidelijk onderscheid moet worden gemaakt tussen toepassing van het mededingingsrecht en toepassing van het aanbestedingsrecht.

Kern

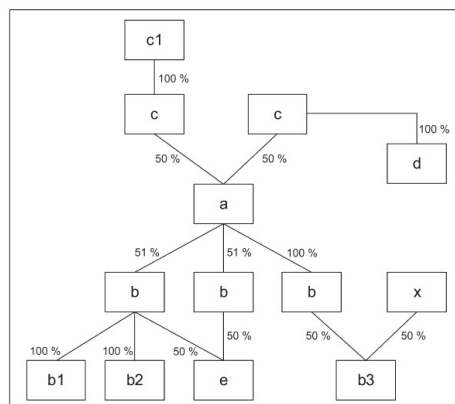
De NBG (eisers) stellen dat het CJIB op ontrentelijke gronden een onderscheid maakt tussen het mededingingsrechtelijke begrip ‘onderneming’

en een 'inschrijver'/'onderneming' in de zin van onderhavige aanbesteding (waarbij aangesloten wordt bij het vennootschapsrecht en wordt bedoeld, een rechtspersoon). Daardoor kunnen meerdere rechtspersonen die in mededingingsrechtelijk zin tot dezelfde onderneming behoren, inschrijven op onderhavige aanbesteding.

Mededingingsrecht – begrip onderneming

In het mededingingsrecht wordt voor de definitie van het begrip onderneming aangesloten bij het begrip 'onderneming' in de zin van artikel 101 lid 1 VwEU. Op grond van vaste Europese rechtspraak omvat het begrip elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm of wijze van financiering.¹ Indien een moederonderneming met haar dochteronderneming een economische eenheid vormt, waarbinnen de dochter over geen werkelijke autonomie beschikt om haar marktgedrag op de markt te bepalen, worden zij aangemerkt als één onderneming. Afspraken en onderling afgestemde gedragingen tussen een moeder en een dochter of twee ondernemingen in een groep ontsnappen aan het mededingingsrecht.² In dit verband is ook de Mededeling van de Europese Commissie inzake bevoegdheidskwesities inzake de concentratiecontrole verordening nr. 139/2004³ waarin het begrip betrokken onderneming en haar groep wordt verduidelijkt, richtinggevend. Hieruit volgt duidelijk dat wanneer er sprake is van overwegende of beslissende zeggenschap, er sprake is van één economische eenheid en daarmee van één onderneming in mededingingsrechtelijke zin. Afspraken die gemaakt worden binnen die economische eenheid, ontsnappen aan de toepassing van het mededingingsrecht. Ter illustratie onderstaand schematisch overzicht dat volgt uit de Mededeling van de Europese Commissie.

De betrokken onderneming en haar groep:



- a: de betrokken onderneming (¹²⁹)
 b: haar dochterondernemingen, vennootschappen waarover samen met derden gezamenlijke zeggenschap wordt uitgeoefend (b3) en hun eigen dochterondernemingen (b1) en (b2)
 c: haar moedervennootschappen en hun eigen moedervennootschappen (c1)
 d: andere dochterondernemingen van de moedervennootschappen van de betrokken onderneming
 e: vennootschappen waarover twee (of meer) vennootschappen van de groep gezamenlijke zeggenschap uitoefenen
 x: derden

Meerdere ondernemingen binnen één groep mogen inschrijven op zelfde aanbesteding

In onderhavige aanbesteding leidde de categorisering van het CJIB tot de situatie dat gerechtsdeurwaardersorganisaties, verenigd binnen een concern dat uit meerdere rechtspersonen bestaat, op meer percelen konden inschrijven dan de kantoren die met één entiteit/rechtspersoon opereren. Volgens NBG leverde dat een schending van het aanbestedingsrechtelijke gelijkheidsbeginsel op.

In literatuur en jurisprudentie is vaker betoogd dat het toestaan om met meerdere ondernemingen binnen eenzelfde concern in te schrijven in een aanbestedingsprocedure, in strijd is met eerlijke concurrentie. In 2009 heeft het Europese Hof van Justitie ("HvJEU") in Assitur echter geoordeeld dat een categorische uitsluiting van ondernemingen binnen eenzelfde concernverband niet is toegestaan: het is aan de deelnemende ondernemingen zelf om aan te tonen dat er in hun geval geen sprake is van een verstoring

- 1 HvJ EG 18 juni 1998, C-35/96, Jur 1998, p. I-3851 (Commissie/Italië); HvJ EG 23 april 1991, C-41/90, Jur 1991, p. I-01979 (Höfner en Elser).
- 2 GvEA EG 12 januari 1995, T-102/92, Jur 1996, p. I-05457 (Viho).
- 3 Geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesities op grond van Verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, 2008/C 95/01.

van transparantie of mededinging.⁴ Het bij voorbaat uitsluiten van zulke ondernemingen met een (mogelijke) afhankelijkheidsrelatie gaat dan ook verder dan noodzakelijk is en is in strijd met het proportionaliteitsbeginsel.

Oordeel voorzieningenrechter en commentaar

In lijn met dit arrest oordeelt de voorzieningenrechter dan ook dat een aanbestedende dienst in beginsel de mogelijkheid open moet laten voor verschillende rechtspersonen binnen een coöperatie of concern om op één opdracht in te schrijven.⁵ Hij stelt dat er een objectief gerechtvaardigd onderscheid is en de concurrentie tussen verschillende deurwaarderskantoren gewaarborgd blijft. Van concurrentievervalsing is geen sprake als verschillende ondernemingen die behoren tot één concern op verschillende percelen inschrijven. Dit oordeel is mijns inziens ook juist. Er vindt echter geen concurrentie meer plaats tussen de verschillende percelen. De verwijzing naar het mededingingsrecht in overweging 5.5 is echter te terughoudend/voorzichtig. In die overweging concludeert de voorzieningenrechter dat mededingingsrechtelijk aan verbonden ondernemingen meer afstemming is toegestaan (bijvoorbeeld het maken van marktverdelingsafspraken) dan aan niet verbonden ondernemingen. Hier valt weinig tegen in te brengen anders dan dat het gebruik van het woord "meer" niet nodig is. Wanneer er sprake is van verbonden ondernemingen (ondernemingen die tot hetzelfde concern behoren) ontsnappen zij aan de toepassing van het mededingingsrecht. Zij mogen dus inderdaad marktverdelingsafspraken maken en er mag (mededingingsrechtelijk) worden besloten dat dochter X op dat perceel inschrijft en dochter Y op het andere perceel.

Het oordeel van de voorzieningenrechter dat de concurrentie ook voldoende is gewaarborgd wanneer er sprake is van inschrijvingen van verschillende ondernemingen die behoren tot hetzelfde concern op hetzelfde perceel, wordt onderbouwd door de verwijzing naar paragraaf 3.1.5 van het Beschrijvend Document. In die

desbetreffende paragraaf is bepaald dat wanneer ondernemingen die behoren tot dezelfde groep inschrijven op hetzelfde perceel, op verzoek van het CJIB moeten kunnen aantonen dat zij zelfstandig inschrijven en deelnemen aan de aanbesteding. Paragraaf 3.1.5 van het Beschrijvend Document luidt als volgt:

3.1.5

Maximaal éénmaal als Inschrijver of onderaannemer inschrijven op een Perceel

Indien een onderneming op een Perceel inschrijft kan dat slechts éénmaal, hetzij als zelfstandig Inschrijver, hetzij als lid van een Combinatie, hetzij als onderaannemer van een zelfstandig Inschrijver of Combinatie. Indien een situatie zich voordoet waarin een onderaannemer ook als zelfstandig Inschrijver of in Combinatie heeft ingeschreven, zullen beide Inschrijvingen ongeldig worden geacht.

Indien ondernemingen uit dezelfde groep als bedoeld in artikel 2:24a en 2:24b BW op hetzelfde Perceel inschrijven (hetzij als zelfstandig Inschrijver, hetzij als lid van een Combinatie, hetzij als onderaannemer) dienen zij op verzoek van de Opdrachtgever te kunnen aantonen dat zij zelfstandig, dat wil zeggen volledig onafhankelijk en zonder wetenschap van het ter zake relevante marktgedrag van de andere ondernemingen uit dezelfde groep, inschrijven danwel als onderaannemer deelnemen aan de Inschrijving. *Kan dit door één of meer ondernemingen uit de groep niet worden aangetoond, dan leidt dit tot ongeldigverklaring van de Inschrijving van deze onderneming(en). Verschillende ondernemingen uit een groep mogen uiteraard wel gezamenlijk inschrijven als Combinatie.*

In onderhavige aanbesteding wordt echter geen echte uitvoering aan deze paragraaf gegeven doordat niet vereist is dat wanneer verschillende ondernemingen behorende tot dezelfde groep op hetzelfde perceel inschrijven ook daadwerkelijk aantonen of verklaren dat zij zelfstandig tot hun inschrijving zijn gekomen en dat er geen afstemming tussen deze twee inschrijvers heeft plaats gevonden.

Wat mij betreft had een verklaring die bij de inschrijving wordt gevoegd, kunnen volstaan in dit verband en dit had waarschijnlijk een hoop

4 C-538/07 Assitur ro 28-31.

5 Rechtsoverweging 5.2 van het vonnis.

discussie kunnen voorkomen. In die verklaring had dan in ieder geval moeten worden opgenomen dat de inschrijvingen zelfstandig zijn opgesteld, er geen afstemming tussen de twee ondernemingen heeft plaatsgevonden en dat uiteraard niet dezelfde werknemers betrokken zijn bij het opstellen van de inschrijving. Denk aan bijvoorbeeld een Verklaring Model K die vaak in werken (ARW) aanbestedingen wordt gevraagd. Die Verklaring ziet weliswaar op gedragingen in strijd met het mededingingsrecht maar wordt ook gevraagd ter waarborging van het verbod tot afstemming. Als een aanbestedende dienst twee ondernemingen behorende tot dezelfde groep wil toelaten dan kan overwogen worden een vergelijkbare verklaring aan de verklaring K toe te voegen waarin wordt verklaard dat er geen afstemming is geweest.

Tot slot is mijns inziens de zinsnede van de voorzieningenrechter in rechtsoverweging 5.5 niet volledig duidelijk:

Nu de concurrentie binnen de percelen plaatsvindt en is gewaarborgd, valt niet in te zien waarom verbonden ondernemingen bij inschrijving op verschillende percelen moeten worden geconfronteerd met strengere regels dan die waar het mededingingsrecht reeds in voorziet.

Zoals hiervoor onder het kopje "Mededingingsrecht – begrip onderneming" is toegelicht, ontsnappen ondernemingen die tot dezelfde economische eenheid behoren aan de toepassing van het mededingingsrecht. Er is dus geen sprake van strengere regels dan die waarin het mededingingsrecht reeds voorziet omdat het mededingingsrecht niet ingrijpt op de afspraken die worden gemaakt binnen dezelfde economische eenheid. In die zin was er dus wel ruimte voor een extra waarborg ook voor de beslissing van ondernemingen die tot dezelfde groep behoren om wel/niet voor een bepaald perceel in te schrijven. Dat dit niet is opgenomen in de aanbestedingsstukken is wat mij betreft wel volledig juist omdat er geen verstoring heeft plaatsgevonden van de mededinging (die vindt immers plaats binnen de verschillende percelen) en daarnaast leidt dit ook niet tot een schending van het gelijkheidsbeginsel. Immers, de kansen binnen de percelen zijn voor alle inschrijvers gelijk. Dat een bepaald concern bestaat uit meerdere ondernemingen die ieder zelfstandig

kunnen inschrijven op verschillende percelen leidt niet tot een schending van het gelijkheidsbeginsel door de aanbestedende dienst. Tot dit oordeel komt de voorzieningenrechter dan ook terecht.

Slotoverwegingen

Bij NBG zal het gevoel van ongelijkheid hebben overheerst, maar het CJIB en de voorzieningenrechter hebben de correcte toepassing aan Assitur gegeven en beoogd te waarborgen dat er geen afstemming kan plaatsvinden bij inschrijvingen door ondernemingen die tot hetzelfde concern behoren waarmee recht is gedaan aan het proportionaliteitsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel. Hierbij is door het CJIB (en de voorzieningenrechter) terecht een onderscheid gemaakt tussen het mededingingsrechtelijke begrip "onderneming" en aanbestedingsrechtelijke/vennootschapsrechtelijke begrip "inschrijver"/"onderneming". Dit kan niet gelijk getrokken worden.

Zoals de voorzieningenrechter terecht overweegt is het niet aan een aanbestedende dienst om ondernemingsstructuren te corrigeren, maar juist om een level playing field te creëren. Een andere kwalificatie van het begrip inschrijver (gelijk trekken aan 'onderneming' in het mededingingsrecht) had in de praktijk geleid tot de situatie dat ondernemingen belemmerd worden in te schrijven zonder dat er überhaupt sprake is van een verstoring van de mededinging of afstemming tussen de verschillende rechtspersonen.

Een aanbeveling zou dan ook kunnen zijn dat wanneer een aanbestedende dienst wil voorkomen dat er afstemming plaatsvindt tussen verschillende ondernemingen behorende tot dezelfde groep, dat er een expliciete spelregel wordt opgenomen ter waarborging daarvan. Een alternatieve oplossing heb ik reeds kort genoemd hiervoor en dat zou een vergelijkbare verklaring aan de Verklaring K kunnen zijn die moet worden bijgevoegd aan de inschrijving en waarin wordt verklaard dat er geen afstemming is geweest tussen de twee ondernemingen behorende tot dezelfde groep.

J.I. Kohlen,
Advocaat bij Bird & Bird

155

Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag
14 februari 2017, nr. C/09/524107/KG ZA
16-1570, ECLI:NL:RBDHA:2017:4897
(mr. Van Ham)

(On-)geldigheid inschrijving. Digitaal aanbestedingsplatform. Herstelmogelijkheid.

De Staat der Nederlanden (Ministerie van Infrastructuur en Milieu) (hierna: de Staat) heeft een Europese openbare aanbestedingsprocedure georganiseerd teneinde te komen tot het sluiten van een raamovereenkomst met meerdere leveranciers voor – kort gezegd – het leveren van IV-expertisediensten op het gebied van informatievoorziening (hierna: 'de Opdracht').

De Staat heeft bij brief van 29 november 2016 onder meer als volgt aan PA Consulting Services B.V. (hierna: PA Consulting) bericht: '(...) Na zorgvuldige analyse is gebleken dat uw Inschrijving niet voor gunning van de opdracht in aanmerking komt, omdat uw Inschrijving niet is geregistreerd in TenderNed. De Inschrijving is dan ook terzijde gelegd en niet verder beoordeeld.'

In deze procedure dient de vraag te worden beantwoord of de Staat gehouden is PA Consulting de mogelijkheid te bieden haar inschrijving alsnog (deels) via de TenderNed-portal in te dienen. De voorzieningenrechter beantwoordt deze vraag ontkennend. Daartoe wordt als volgt overwogen. Vooropgesteld wordt dat een inschrijving op de onderhavige aanbesteding via twee digitale portals diende plaats te vinden, te weten deels via de TenderNed-portal en deels via het IV Expertisedienstenportal. Niet ter discussie staat dat PA Consulting de via de IV Expertisedienstenportal in te dienen documenten tijdig en volledig heeft aangeleverd. Evenmin is tussen partijen in geschil dat zulks niet geldt voor de via de TenderNed-portal in te dienen documenten, te weten de Eigen Verklaring en het Formulier verklaring kwaliteitssystemen. Deze documenten zijn weliswaar door PA Consulting geüpload maar door haar niet in de digitale kluis geplaatst. Volgens PA Consulting is dit een gevolg van aan de Staat toe te rekenen onduidelijkheden in de TenderNed-portal, waardoor sprake is van een schending van het transparantiebeginsel.

In dit betoog kan PA Consulting niet worden gevolgd. In het Beschrijvend Document is in paragraaf 4.5.4 immers in heldere bewoordingen beschreven dat de via de TenderNed-portal aan te leveren documenten met behulp van een via TenderNed te verkrijgen sms-transactiecode in een digitale kluis dienen te worden geplaatst en dat de inschrijving pas na deze plaatsing is voltooid en als geldig kan worden aangemerkt. Zulks volgt eveneens uit het als bijlage 16 bij het Beschrijvend Document gevoegde stappenplan en de via de in paragraaf 4.5.1 van het Beschrijvend Document opgenomen links te raadplegen website van TenderNed, met onder meer instructiefilmpjes met het oog op het indienen van een inschrijving. Gelet hierop moet naar het oordeel van de voorzieningenrechter voor een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende potentiële inschrijver duidelijk zijn geweest welke stappen dienden te worden doorlopen om tot een rechtsgeldige inschrijving via de TenderNed-portal te komen. Dat PA Consulting (kennelijk) onvoldoende kennis heeft genomen van de te volgen inschrijfprocedure komt bij die stand van zaken voor haar rekening en risico. Van strijd met het transparantiebeginsel is dan ook geen sprake. Voorts geldt dat het, gelet op het feit dat in paragraaf 4.5.4 van het Beschrijvend Document uitdrukkelijk is bepaald dat een potentiële inschrijver zelf verantwoordelijk is voor het tijdig aanleveren van de gevraagde documenten via de TenderNed-portal, op de weg PA Consulting lag om de wellicht ondanks de heldere beschrijving van de in het kader van het doen van een inschrijving te doorlopen stappen bij haar bestaande onduidelijkheden dan wel de door haar ondervonden (technische) problemen dienaangaande tijdig bij TenderNed en/of de Staat aan de orde te stellen. In paragraaf 4.5.4. van het Beschrijvend Document zijn potentiële inschrijvers in dat verband ook uitdrukkelijk gewezen op de mogelijkheid om contact op te nemen met de servicedesk van TenderNed. Niet ter discussie staat dat PA Consulting na het door haar gestelde uploaden van de vereiste documenten op TenderNed op enigerlei wijze actie heeft ondernomen om (alsnog) tot plaatsing van deze documenten in de digitale kluis te komen. Bij die stand van zaken kan – anders dan PA Consulting betoogt – geen verplichting voor de Staat worden aangenomen tot het verrichten van onderzoek naar de reden voor het door hem geconstateerde ontbreken in de digitale kluis van de van PA Consulting verlangde documenten.

Nu PA Consulting aldus niet heeft zorggedragen voor het indienen van de gevraagde documenten via de TenderNed-portal en de ten tijde van het

sluiten van de inschrijvingstermijn evenmin uit andere hoofde over deze documenten kon beschikken, is haar inschrijving onvolledig en daarmee in beginsel ongeldig. Met de Staat is de voorzieningenrechter van oordeel dat in dit geval geen sprake is van een gebrek dat zich leent voor herstel. Uitgangspunt is immers dat een aanbestedende dienst bij de beoordeling van inschrijvingen moet uitgaan van de inschrijvingen zoals deze bij het sluiten van de inschrijvingstermijn zijn ontvangen. De beginselen van gelijke behandeling en transparantie verzetten zich in beginsel tegen de mogelijkheid dat een inschrijver zijn inschrijving nog wijzigt of aanvult. Volgens vaste rechtspraak kan daar slechts in uitzonderlijke gevallen een uitzondering op worden aanvaard. Dit is het geval wanneer een inschrijving klaarblijkelijk een eenvoudige precisering behoeft dan wel wanneer sprake is van het rechtzetten van materiële fouten, waarbij geldt dat de wijziging/aanvulling er niet toe mag leiden dat in werkelijkheid een nieuwe inschrijving wordt voorgesteld. Het maken van een dergelijke uitzondering is echter uitgesloten indien op het geconstateerde gebrek in de aanbestedingsstukken uitdrukkelijk de sanctie van ongeldigheid (en daarmee uitsluiting) is gesteld. Laatstbedoelde situatie doet zich hier voor

Slotsom

De slotsom is dan ook dat het betoog van PA Consulting dat haar uitsluiting strijdig is met het evenredigheidsbeginsel faalt. De vordering van PA Consulting ligt daarmee voor afwijzing gereed.

de besloten vennootschap

PA CONSULTING SERVICES B.V.,

gevestigd te Den Haag,

eiseres,

advocaat mr. F.P. van Galen te Leiden,

tegen:

de publiekrechtelijke rechtspersoon

DE STAAT DER NEDERLANDEN (Ministerie van Infrastructuur en Milieu),

zetelende te Den Haag,

gedaagde,

advocaten mr. C.R. Warnink en mr. J.H.C.A. Muller te Den Haag.

De volledige uitspraak is te raadplegen op opmaat.sdu.nl.

156

Voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam
8 maart 2017, nr. 620826/KG ZA 16-1515,
ECLI:NL:RBAMS:2017:1504
(mr. Van der Veen)
Zie openingsnoot S.W. Haket LLM

**Best Value Procurement. Irreële inschrijving.
Maatschappelijke waarde.**

[Aanbestedingswet 2012 art. 1.4 lid 2, 2.116]

De gemeente Amsterdam (hierna: de gemeente) heeft een openbare Europese aanbesteding gehouden voor warme dranken. De gemeente heeft gekozen voor de Best Value Procurement (BVP, prestatie-inkoop), waarbij gewaardeerd wordt volgens het principe dat de meeste waarde moet worden verkregen voor de laagste prijs.

Bij brief van 23 november 2016 heeft de gemeente aan Maas International B.V. (hierna: Maas) meege-deeld dat zij in de selectieprocedure als tweede is geëindigd en dat zij Selecta B.V. (hierna: Selecta), die als eerste is geëindigd, zal uitnodigen voor een nadere concretisering van de opdracht. Uit de brief volgt dat de inschrijfprijs van Maas € 2.407.125,00 bedraagt en van Selecta € 1.650.600,00.

Maas heeft uiteengezet dat zij de inschrijfprijs van Selecta abnormaal laag, dan wel irreëel vindt en dat de gemeente dient over te gaan tot verificatie van de inschrijving.

De concretiseringsfase is hangende dit kort geding voltooid en de gemeente is voornemens Selecta de opdracht te gunnen.

Terughoudendheid rechterlijke beoordeling

De vraag is aan de orde of de gemeente de inschrijving van Selecta moet passeren en Maas de opdracht moet gunnen omdat Selecta manipulatief/irreëel heeft ingeschreven, dan wel een abnormaal lage prijs heeft gerekend. Bij de beantwoording van deze vraag is terughoudendheid op zijn plaats. Voorop staat immers dat een inschrijving pas als manipulatief of irreëel wordt aangemerkt als op voorhand vast staat dat de inschrijver zijn inschrijving niet kan waarmaken en zal tekortschieten in de nakoming. Terughoudendheid is ook geboden gezien de aard van de onderhavige aanbestedingsprocedure. Gekozen is voor de Best Value Procurement (BVP, prestatie-inkoop) waarbij minder standaarden en minimumvereisten gelden om de kwaliteit van de opdracht te garanderen.

Irreële prijs niet aannemelijk

Het verschil tussen beide inschrijvers (een besparing in de aanbieding van Maas meegerekend) is circa 30%. Selecta zit met haar inschrijfprijs circa 20% onder de huidige prijs van Maas. Selecta heeft in deze procedure niet concreet uiteengezet hoe zij tegen deze fors lagere prijs kan aanbieden. Dat hoeft ook niet. Het is Maas die aannemelijk moet maken dat de prijs irreëel is.

Maas heeft daartoe per kostenpost toegelicht waarom de inschrijving van Selecta – in het licht van de kenmerken van de markt en de specificaties van de opdracht – irreëel is. Maas stelt voorts dat het verschil in inschrijfprijs tussen Selecta en haar op de markt van de warme dranken niet verklaarbaar is. De te behalen marges zijn niet zodanig dat een inschrijver 20% of 30% lager kan inschrijven dan een concurrent zonder dat de uitvoering van de opdracht in gevaar komt, aldus Maas. Hiermee heeft Maas echter niet aannemelijk gemaakt dat de inschrijfprijs van Selecta irreëel is. Volgens Selecta is het prijsverschil tussen Maas en haar niet abnormaal en is haar integrale consumptieprijs (ICP, een all-in prijs per consumptie) marktconform. Selecta heeft aangevoerd dat zij in eerdere aanbestedingen zelfs een lagere ICP dan haar huidige ICP van € 0,18 per consumptie heeft gehanteerd. Volgens Maas bedraagt de maximale ICP van deze aanbesteding echter € 0,29 per consumptie. Deze hoge ICP is volgens Maas het gevolg van de hoge kwaliteitseisen die niet mogen worden veronachtzaamd. Hieruit kan echter niet worden afgeleid dat Selecta haar prijs nooit kan waarmaken. Zij heeft kennelijk ingeschreven met een scherpere prijs met minder kwaliteit en toch voldaan aan de kwaliteitseisen.

Verder geldt dat de eigen bedrijfsvoering of het eigen prijsvormingsproces van Maas, als dit al komt vast te staan, niet maatgevend is voor de beoordeling of de inschrijving van Selecta irreëel is. Dat de bedrijven van de inschrijvers qua inrichting en werkwijze te vergelijken zijn is naar het oordeel van de voorzieningenrechter niet voldoende inzichtelijk gemaakt.

Discretionaire bevoegdheid

Een inschrijving is abnormaal laag als sprake is van een inschrijfsom die dusdanig laag is dat er gegronde redenen zijn om aan te nemen dat een inschrijver een fout heeft gemaakt of een dump prijs heeft geboden om de opdracht te verkrijgen. Volgens Maas volgt uit artikel 2.116 Aw en het SAG arrest (van 29 maart 2012, C-599/10) dat de aanbestedende dienst gehouden is een abnormaal lage

inschrijving te onderzoeken. Dit standpunt wordt niet gevolgd. Uit artikel 2.116 Aw volgt dat de aanbestedende dienst een discretionaire bevoegdheid heeft om te beoordelen of sprake is van een abnormaal lage inschrijving. In de lagere nationale rechtspraak is voorts geoordeeld dat artikel 2.116 Aw is geschreven ter bescherming van de belangen van de aanbestedende dienst en dat aan haar de keuze is om van de mogelijkheid die dit artikel biedt gebruik te maken.

Maatschappelijke waarde

Dat de gemeente de inschrijving van Selecta niet passeert is niet in strijd met artikel 1.4 lid 2 Aw. De voorzieningenrechter is met de gemeente van oordeel dat het vergezocht is om deze bepaling in deze zaak aan te halen omdat de omstandigheid dat met een lage prijs is ingeschreven gelet op het hierboven overwogene niet per definitie betekent dat er problemen zullen ontstaan bij de uitvoering van de overeenkomst.

De beslissing

De voorzieningenrechter weigert de gevraagde voorzieningen.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

MAAS INTERNATIONAL B.V.,

gevestigd te Veldhoven,

eiseres bij dagvaarding van 23 december 2017,

advocaten mrs. C.A.M. Lombert en J.M. Pellegrom te Amsterdam,

tegen

de publiekrechtelijke rechtspersoon

GEMEENTE AMSTERDAM,

zetelend te Amsterdam,

gedaagde,

advocaat mr. E. van der Hoeven te Amsterdam,

en

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

SELECTA B.V.,

gevestigd te Amsterdam,

gevoegde partij aan de zijde van de gemeente Amsterdam,

advocaten mrs. J.W. Fanoy en T.S. Hoyer te Den Haag.

Partijen zullen hierna Maas, de gemeente en Selecta worden genoemd.

1 De procedure

Ter terechtzitting van 21 februari 2017 heeft Selecta verzocht zich te mogen voegen aan de zijde van de gemeente, aan de hand van een op voorhand door haar toegezonden schriftelijke conclusie. Dat verzoek is toegewezen, nu Maas en de gemeente daartegen geen bezwaar hebben en Selecta belang heeft bij de uitkomst van dit kort geding. Vervolgens heeft Maas gesteld en gevorderd overeenkomstig de in kopie aan dit vonnis gehechte dagvaarding. De gemeente en Selecta hebben verweer gevoerd met conclusie tot weigering van de gevraagde voorzieningen. Alle partijen hebben producties en een pleitnota in het geding gebracht. Na verder debat hebben partijen verzocht vonnis te wijzen. Ter zitting waren voor zover van belang aanwezig: aan de zijde van Maas: [naam 1], [naam 2] met mrs. Lombert en Pellegrin, aan de zijde van de gemeente: [naam 3] met mr. Van der Hoeven, aan de zijde van Selecta: [naam 4], [naam 5] met mrs. Fanooy en Hoyer.

2 De feiten

2.1. De gemeente heeft een openbare Europese aanbesteding gehouden voor warme dranken. De aanbesteding is op 31 augustus 2016 aangekondigd. Het doel van deze aanbesteding is het sluiten van een raamovereenkomst met één partij voor de duur van vijf jaar met tweemaal een verlengings-optie voor de duur van één jaar. De opdracht is gekwalificeerd als dienst. Het gaat - kort gezegd - om het leveren van volledig verzorgde warme drankenvoorzieningen/koffieautomaten op gemeentelijk locaties. De gemeente heeft gekozen voor de Best Value Procurement (BVP, prestatie-inkoop), waarbij gewaardeerd wordt volgens het principe dat de meeste waarde moet worden verkregen voor de laagste prijs.

De plafondprijs van de aanbesteding bedraagt € 2.700.000,00 per jaar.

In paragraaf 1.4.1 van de inschrijfleidraad is de gunnings- en waarderingsprocedure omschreven en in paragraaf 1.4.2 de beoordeling. Inschrijvers dienen - kort gezegd - de volgende documenten op te stellen: de prestatieonderbouwing, het risicodossier, het kansendossier en een implementatieplanning. Daarna worden er twee interviews gehouden met sleutelfunctionarissen van de inschrijvers. Uit paragraaf 1.4.6 volgt dat de inschrijver die de economisch meest voordelige inschrijving heeft gedaan op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding wordt uitgenodigd voor de concretiseringsfase. De afgewezen inschrijvers

kunnen tegen deze beoordeling bezwaar maken. Als de concretiseringsfase goed is doorlopen, neemt de gemeente conform paragraaf 1.4.9. van de inschrijfleidraad de beslissing tot opdrachtverlening. Ook tegen deze gunningsbeslissing kan bezwaar worden gemaakt.

2.2. In de inschrijfleidraad staat verder voor zover van belang het volgende:

Projectdoelstelling

3.1.2. (...)

Opdrachtgever wil voor alle gemeentelijke locaties volledig verzorgde, warme drankenvoorzieningen die recht doen aan de Amsterdamse koffiebeleid waarbij een maximale gebruikerstevredenheid wordt gerealiseerd en Opdrachtgever maximaal wordt ontzorgd.

In de inschrijfleidraad zijn vervolgens in paragraaf 3.1.3 kwaliteitseisen opgesomd waaraan de inschrijver moet voldoen, zoals - kort samengevat -:

1. Gebruikerstevredenheid; voor de opdrachtgever is van belang dat gebruikers van de voorziening maximaal tevreden zijn; daaronder wordt verstaan dat een meetbaar en representatief gebruikerstevredenheidonderzoek aantoonst dat ten minste 75% van alle gebruikers tevreden is over de dienstverlening en de geleverde producten;
2. De opdrachtgever moet aan het koffiebeleid van de gemeente voldoen. Uit productie 4 van Maas volgt dat het in dat verband bijvoorbeeld gaat om het aanbieden van een topkwaliteit koffie met een espresso zetsysteem (verse bonen) en verse melk op vergaderlocaties en versgemalen espressokoffie (zonder verse melk) op de kantoorverdiepingen;
3. Machines; de opdrachtnemer moet koffiemachines leveren en is verantwoordelijk voor het onderhoud;
4. Managementinformatie; de opdrachtnemer moet op eenduidige wijze managementinformatie aanleveren inclusief een transparant verrekeningsmodel van de afgenomen productie;
5. Werknemers Pantar; de opdrachtnemer moet op een aantal locaties uitvoerende werkzaamheden door deze werknemers met een beperking laten verrichten;
6. Duurzaamheid; de opdrachtnemer dient bij de uitvoering van de opdracht maximaal invulling aan de duurzaamheidspijlers van de gemeente te geven; bijvoorbeeld met emissie loos vervoer;

7. Fair Trade; voor deze aanbesteding geldt dat de uitgangspunten beschreven in het document 'Uitgangspunten eerlijke handel' (productie 5 van Maas) van toepassing zijn;

8. Huidige standaarden en gebruikerswensen; naast een variatie aan koffieproducten dienen ook decafé, thee, chocolademelk en warm/koud water te worden aangeboden; de warme drankvoorziening moet minimaal beschikken over suiker, zoetstof, melkpoeder en roerstaafjes.

2.3. Maas, Selecta en Douwe Egberts hebben geldig ingeschreven. Maas is de zittende leverancier. Haar contract met de gemeente loopt af op 28 februari 2017 en is verlengd tot 1 juni 2017.

2.4. Bij brief van 23 november 2016 heeft de gemeente aan Maas meegedeeld dat zij in de selectieprocedure als tweede is geëindigd en dat zij Selecta, die als eerste is geëindigd, zal uitnodigen voor een nadere concretisering van de opdracht. Uit de brief volgt dat de inschrijfprijs van Maas € 2.407.125,00 bedraagt en van Selecta € 1.650.600,00. In de brief is vermeld dat als Maas zich niet in dit beoordelingsresultaat kan vinden, binnen 20 dagen een kort gedingprocedure aanhang dient te worden gemaakt.

2.5. Bij brief van 5 december 2016 heeft Maas aan de gemeente meegedeeld dat zij zich niet kan vinden in de uitkomst van de selectieprocedure. Maas heeft uiteengezet dat zij de inschrijfprijs van Selecta abnormaal laag, dan wel irreëel vindt en dat de gemeente dient over te gaan tot verificatie van de inschrijving. Maas heeft in haar brief ook gesteld dat de gemeente ten onrechte geen inzicht in haar beoordeling heeft gegeven.

2.6. Bij e-mail van 8 december 2016 heeft de gemeente gereageerd op de bezwaren van Maas. Zij heeft een aanvullende motivering verstrekt en de onder 2.4 vermelde dagvaardingstermijn verlengd tot en met 23 december 2016. De gemeente is op dat moment niet overgegaan tot verificatie van de inschrijving van Selecta.

2.7. Vervolgens heeft Maas bij e-mail van 12 december 2016 de gemeente verzocht de dagvaardingstermijn te laten vervallen en uitsluitend na voorlopige gunning een dagvaardingstermijn te hanteren, nadat in de concretiseringsfase de financiële haalbaarheid van de inschrijving is gecontroleerd. Dit verzoek is door de gemeente afgewezen.

2.8. De concretiseringsfase is hangende dit kort geding voltooid en de gemeente is voornemens Selecta de opdracht te gunnen.

3 Het geschil

3.1. Maas vordert samengevat - de gemeente op straffe van een dwangsom:

primair

1. te gebieden de beslissing van 23 november 2016 in te trekken;

2. te verbieden de opdracht definitief aan Selecta te gunnen, danwel met Selecta de concretiserings- en verificatiefase in te gaan;

3. te gebieden de opdracht aan haar te gunnen voor zover zij de opdracht nog wenst te gunnen, dan wel met haar de concretiserings- en verificatiefase in te gaan;

subsidiair

1. te gebieden de beslissing van 23 november 2016 in te trekken;

2. te verbieden de opdracht definitief aan Selecta te gunnen, danwel met Selecta de concretiserings- en verificatiefase in te gaan;

3. te gebieden de inschrijving van Selecta met inachtneming van dit vonnis te laten beoordelen door een nieuw door de gemeente samen te stellen onafhankelijk beoordelingsteam;

4. te gebieden na de herbeoordeling een nieuwe voorlopige gunningsbeslissing te nemen, althans een nieuwe beslissing om de concretiseringsfase in te gaan;

meer subsidiair

1. te gebieden de beslissing van 23 november 2016 in te trekken;

2. te gebieden alle inschrijvingen met inachtneming van dit vonnis te laten beoordelen door een nieuw door de gemeente samen te stellen onafhankelijk beoordelingsteam;

3. te gebieden na de herbeoordeling een nieuwe voorlopige gunningsbeslissing te nemen, althans een nieuwe beslissing om de concretiseringsfase in te gaan.

Maas vordert daarnaast de gemeente te veroordelen in de kosten van dit geding, inclusief nakosten, te vermeerderen met de wettelijke rente.

3.2. Maas stelt hiertoe het volgende.

De inschrijving van Selecta is irreëel/manipulatief, dan wel abnormaal laag. De inschrijving is dusdanig laag, zeker gezien de hoge kwalitatieve eisen (zie bij de feiten onder 2.2) die de gemeente heeft gesteld, dat Selecta de opdracht (op basis van haar aanbieding) niet naar behoren kan nakomen. Op grond van artikel 2.116 Aanbestedingswet (Aw) en Europese jurisprudentie is de aanbestedende dienst bij een abnormaal lage inschrijving gehou-

den de betreffende inschrijving te verifiëren en de inschrijver te vragen om een toelichting. De gemeente laat dit tot nu toe na.

3.3. De gemeente voert verweer. Selecta sluit zich aan bij het verweer van de gemeente en voegt daaraan een en ander toe.

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

4 De beoordeling

4.1. De vraag is aan de orde of de gemeente de inschrijving van Selecta moet passeren en Maas de opdracht moet gunnen omdat Selecta manipulatief/irreëel heeft ingeschreven, dan wel een abnormaal lage prijs heeft gerekend. Bij de beantwoording van deze vraag is terughoudendheid op zijn plaats. Voorop staat immers dat een inschrijving pas als manipulatief of irreëel wordt aangemerkt als op voorhand vast staat dat de inschrijver zijn inschrijving niet kan waarmaken en zal tekortschieten in de nakoming. In dit verband moet beoordeeld worden of de inschrijving van Selecta zodanig irreëel is dat deze (alsnog) dient te worden uitgesloten. Hierbij geldt dat de gemeente in beginsel af mag gaan op de mededelingen van Selecta en dat het aan Maas is om aannemelijk te maken dat Selecta haar inschrijving niet gestand kan doen.

4.2. Terughoudendheid is ook geboden gezien de aard van de onderhavige aanbestedingsprocedure. Gekozen is voor de Best Value Procurement (BVP, prestatie-inkoop) waarbij minder standaarden en minimumvereisten gelden om de kwaliteit van de opdracht te garanderen. Bij prestatie-inkoop is sprake van een ruimer kader met meer vrijheid voor de inschrijver. Aanbieders krijgen de kans hun expertise en innovatieve kracht aan te tonen. De aanbestedende dienst schrijft niet voor hoe de leverancier de opdracht moet uitvoeren, maar de leverancier laat dit zelf zien en onderbouwt dit. In deze aanbesteding is ervoor gekozen dat de haalbaarheidstoets pas in de concretiseringsfase wordt gedaan.

4.3. Vast staat dat Maas heeft ingeschreven met een bedrag van € 2.407.125,00 per jaar en Selecta met een bedrag van € 1.650.600,00 per jaar. Maas heeft een inschrijving gedaan waarbij op alle ruim 100 locaties verse melk in de automaten wordt aangeboden. Zij heeft daarnaast een aanbieding gedaan met een besparing van € 341.470,00 op de inschrijfprijs als wordt gekozen voor topping alternatieven in plaats van verse melk op locaties waar verse melk niet verplicht is. Het verschil tussen beide

inschrijvers (de besparing meegerekend) is € 415.055,00 ofwel circa 30%. Selecta zit met haar inschrijfprijs circa 20% onder de huidige prijs van Maas. Selectie heeft in deze procedure niet concreet uiteengezet hoe zij tegen deze fors lagere prijs kan aanbieden. Dat hoeft ook niet. Het is Maas die aannemelijk moet maken dat de prijs irreëel is.

4.4. Maas heeft daartoe per kostenpost toegelicht waarom de inschrijving van Selecta - in het licht van de kenmerken van de markt en de specificaties van de opdracht - irreëel is. Het gaat daarbij bijvoorbeeld om de koffiekosten. Volgens Maas is het in verband met de gebruikerstevredenheid noodzakelijk om een "koffieblend" aan te bieden met 100% Arabica bonen. Maas verdenkt Selecta ervan dat zij met een blend van meer dan 50% Robusta bonen (en voor het overige Arabica bonen) heeft ingeschreven. Dit is veel goedkoper, maar hiermee kan Selecta niet voldoen aan de vereiste gebruikerstevredenheid score van 75%, aldus Maas. Maas stelt voorts dat het verschil in inschrijfprijs tussen Selecta en haar op de markt van de warme dranken niet verklaarbaar is. De te behalen marges zijn niet zodanig dat een inschrijver 20% of 30% lager kan inschrijven dan een concurrent zonder dat de uitvoering van de opdracht in gevaar komt, aldus Maas. Hiermee heeft Maas echter niet aannemelijk gemaakt dat de inschrijfprijs van Selecta irreëel is. Volgens Selecta is het prijsverschil tussen Maas en haar niet abnormaal en is haar integrale consumptieprijs (ICP, een all-in prijs per consumptie) marktconform. Selecta heeft aangevoerd dat zij in eerdere aanbestedingen zelfs een lagere ICP dan haar huidige ICP van € 0,18 per consumptie heeft gehanteerd. Volgens Maas bedraagt de maximale ICP van deze aanbesteding echter € 0,29 (€ 2.700.000,00 : 9.170.000 consumpties) per consumptie. Deze hoge ICP is volgens Maas het gevolg van de onder 2.2. vermelde hoge kwaliteitseisen die niet mogen worden veronachtzaamd. Hieruit kan echter niet worden afgeleid dat Selecta haar prijs nooit kan waarmaken. Zij heeft kennelijk ingeschreven met een scherper prijs met minder kwaliteit en toch voldaan aan de kwaliteitseisen. Niet in geschil is dat Maas beter heeft gescoord op de door haar overgelegde kwaliteitsdocumenten. Selecta heeft echter beter gescoord op prijs. Volgens de gemeente is de aanbieding van Selecta luxer dan hetgeen Maas nu aanbiedt. In de nieuwe aanbieding is de aanbieding van Maas luxer dan die van Selecta,

aldus de gemeente. Dit betekent echter niet dat sprake is van een irreële prijs, zeker niet gezien de onder 4.2. omschreven ruimte die de inschrijver in deze procedure had en het feit dat uit de aanbestedingsstukken volgt dat minimaal voor een kostendeckende en dus niet een marktconforme prijs moet worden aangeboden.

4.5. Verder geldt dat de eigen bedrijfsvoering of het eigen prijsvormingsproces van Maas, als dit al komt vast te staan, niet maatgevend is voor de beoordeling of de inschrijving van Selecta irreëel is. Selecta betwist de door Maas gestelde marge en dat de interne bedrijfsvoering van Maas en Selecta gelijk zijn. Dat de bedrijven van de inschrijvers qua inrichting en werkwijze te vergelijken zijn is naar het oordeel van de voorzieningenrechter niet voldoende inzichtelijk gemaakt. Maas heeft gesteld dat zij allerlei kostenvoordelen heeft vanwege haar aandeel in de regio Amsterdam. Selecta heeft daartegen aangevoerd dat zij de grootste dienstverlener op het gebied van koffievoorzieningen is in Europa en daardoor allerlei inkoopvoordelen heeft. Zij heeft daaraan toegevoegd dat zij in Nederland ook grote klanten heeft en in deze aanbesteding een betere koffieblend kan aanbieden dan de huidige blend van Maas (80% Arabica en 20% Robusta).

Niet gebleken is dat dat onjuist is. Dit maakt dat uit de kostenpostenvergelijking die Maas wil maken geen harde conclusies kunnen worden getrokken. Al met al is niet aannemelijk geworden dat de inschrijfprijs van Selecta irreëel of manipulatief is. Van strategisch inschrijven zou wellicht sprake kunnen zijn, maar dat is niet verboden.

4.6. Een inschrijving is abnormaal laag als sprake is van een inschrijfsom die dusdanig laag is dat er gegronde redenen zijn om aan te nemen dat een inschrijver een fout heeft gemaakt of een dumpprijs heeft geboden om de opdracht te verkrijgen. Volgens Maas volgt uit artikel 2.116 Aw en het SAG arrest (van 29 maart 2012, C-599/10) dat de aanbestedende dienst gehouden is een abnormaal lage inschrijving te onderzoeken. Dit standpunt wordt niet gevolgd. Uit artikel 2.116 Aw volgt dat de aanbestedende dienst een discretionaire bevoegdheid heeft om te beoordelen of sprake is van een abnormaal lage inschrijving. In de lagere nationale rechtspraak is voorts geoordeeld dat artikel 2.116 Aw is geschreven ter bescherming van de belangen van de aanbestedende dienst en dat aan haar de keuze is om van de mogelijkheid die dit artikel biedt gebruik te maken. Niet is gebleken

dat - zoals Maas stelt - dit een onjuist uitgangspunt is en dat de nationale rechtspraak na het SAG-arrest op dit onderdeel een onjuiste ontwikkeling heeft doorgemaakt. Dat de Europese regelgeving en/of -rechtspraak dwingt tot een ander oordeel is voorshands niet aannemelijk.

4.7. Inmiddels is de concretiseringsfase doorlopen en heeft verificatie van de inschrijving van Selecta plaatsgevonden. De beoordeling daarvan vormt overigens geen onderwerp van dit geschil. Ter zitting is namens de gemeente verklaard dat niet van bijzonderheden met betrekking tot de inschrijfprijs is gebleken en dat zij met Selecta door wil. Maas heeft gesteld dat zij het onbehoorlijk acht dat de gemeente hangende deze procedure de concretiseringsfase heeft doorlopen. De voorzieningenrechter volgt dit standpunt niet. Niet is gebleken dat belangen van Maas hierdoor zijn geschaad.

4.8. Dat de gemeente de inschrijving van Selecta niet passeert is niet in strijd met artikel 1.4 lid 2 Aw. Op grond van dit artikel dient de aanbestedende dienst zorg te dragen voor het leveren van zoveel mogelijk maatschappelijke waarde bij het aangaan van een overeenkomst. Gunnen aan een partij die wanprestatie gaat plegen, strookt hier niet mee omdat de daaruit voortvloeiende conflicten tot hoge kosten zullen leiden, aldus Maas. Los van de vraag of deze bepaling ook niet slechts in het belang van de aanbestedende dienst is opgesteld en een inschrijver zich hier niet op kan beroepen, is de voorzieningenrechter met de gemeente van oordeel dat het vergezocht is om deze bepaling in deze zaak aan te halen omdat de omstandigheid dat met een lage prijs is ingeschreven gelet op het hierboven overwogene niet per definitie betekent dat er problemen zullen ontstaan bij de uitvoering van de overeenkomst.

4.9. Tot slot is niet aannemelijk geworden dat de gemeente de Code Verantwoordelijk Marktgedrag en de Code Handreiking EMVI heeft geschonden door voor de inschrijving van Selecta te kiezen. In deze zaak is niet gebleken dat niet in lijn van deze codes is aanbesteed en dat de inschrijving van Selecta qua prijs en uitvoering redelijkerwijs niet mogelijk is.

4.10. Gezien het voorgaande zullen de vorderingen van Maas worden afgewezen.

4.11. Maas zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van de gemeente worden begroot op: - griffierecht € 619,00

- salaris advocaat 816,00

Totaal € 1.435,00

4.12. De kosten aan de zijde van Selecta worden op hetzelfde bedrag begroot, te vermeerderen met de gevorderde wettelijke rente.

4.13. De door de gemeente gevorderde nakosten zullen worden toegewezen op de wijze zoals in de beslissing vermeld.

5 De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. weigert de gevraagde voorzieningen,

5.2. veroordeelt Maas in de proceskosten, aan de zijde van de gemeente tot op heden begroot op € 1.435,00

5.3. veroordeelt Maas in de proceskosten, aan de zijde van Selecta tot op heden begroot op € 1.435,00, te vermeerderen met de wettelijke rente daarover met ingang van veertien dagen na de betekening van dit vonnis tot aan de voldoening,

5.4. veroordeelt Maas ten aanzien van de gemeente in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 131,00 aan salaris advocaat, te vermeerderen met € 68,00 en de kosten van het betekeningsexploot ingeval betekening van dit vonnis plaatsvindt,

5.5. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. M.W. van der Veen, voorzieningenrechter, bijgestaan door mr. G.H. Felix, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 8 maart 2017.

157

Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag
8 maart 2017, nr. C/09/523523/KG ZA 16-1514,
ECLI:NL:RBDHA:2017:5094
(mr. Groeneveld-Stubbe)

**(On-)geldige inschrijving. Eenvoudig herstel.
Gelijkheidsbeginsel. Transparantiebeginsel.
Wezenlijke wijziging.**

Nadat naar aanleiding van een eerder georganiseerde aanbestedingsprocedure geen inschrijvingen waren ontvangen hebben Hoogheemraadschap van Delfland, Hoogheemraadschap van Rijnland, Hoogheemraadschap van Schieland en Krimpenerwaard, Waterschap Drents Overijsselse Delta, Waterschap Hollandse Delta, Waterschap Noorder-

zijlvest, Waterschap Rijn en IJssel, Waterschap Rivierenland, Waterschap Vallei en Veluwe, Waterschap Vechtstromen, Waterschap Wetterskip Fryslân (hierna gezamenlijk: Delfland) op 7 oktober 2016 opnieuw een openbare Europese aanbestedingsprocedure 'CAR verzekering', hierna 'de Opdracht', op TenderNed gepubliceerd. Doel van de aanbesteding is het sluiten van een doorlopende CAR verzekering voor de deelnemende hoogheemraad- en waterschappen, die dekking biedt voor schades die tijdens bouwactiviteiten kunnen optreden. De aanbesteding is opgedeeld in 11 percelen: één perceel voor ieder deelnemend hoogheemraad- of waterschap. Inschrijvers dienen voor alle percelen een individuele aanbieding in te dienen, gebaseerd op de per perceel opgenomen historische omzetcijfers, schadelast en de specifieke eisen.

Uit paragraaf 4.2 van het Beschrijvend Document volgt dat de voorlopige winnaar van de aanbesteding wordt uitgenodigd voor een verificatiebespreking.

In hoofdstuk 7 van het Beschrijvend Document is in paragraaf 7.1 een 'Nadere uitwerking Prijs' gegeven, waarbij is vermeld dat bij de berekening van de score met betrekking tot de aangeboden premie een onder- en bovengrens van respectievelijk 1,9‰ en 4,5‰ worden gehanteerd.

Bij brief van 25 november 2016 heeft Delfland het volgende aan Willis B.V. (hierna: Willis) meegedeeld

'(...)

Helaas moet ik constateren dat uw onderneming een niet geldige inschrijving heeft uitgebracht. Voor deze inschrijving moesten de aangeboden premies voor de percelen vermeld worden in prijsinvalformulier, welke als bijlage 5 bij de aanbestedingsstukken was gevoegd.

U heeft het verkeerde prijsinvalformulier ingediend, waarbij u voor perceel 6 een premie heeft aangeboden op basis van een primaire dekking voor aansprakelijkheid, terwijl gevraagd was om een premie op basis van een secundaire dekking voor aansprakelijkheid.

Zoals in de aanbestedingsstukken is benoemd, betekent dit dat uw inschrijving niet verder in behandeling is genomen en uw onderneming van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure is uitgesloten.

'(...):

Tussen partijen is in geschil of Willis bij haar inschrijving voor de Opdracht door gebruik te maken van het verkeerde prijsinvalformulier een fout heeft gemaakt die zich leent voor eenvoudig herstel, of Delfland Willis de gelegenheid had moeten geven

deze fout te herstellen en of ongeldigverklaring van de inschrijving van Willis disproportioneel en daarom ontoelaatbaar is.

Uitgangspunt is dat een aanbestedende dienst bij de beoordeling van inschrijvingen moet uitgaan van de inschrijvingen zoals deze bij het sluiten van de inschrijvingstermijn zijn ontvangen. De beginselen van gelijke behandeling en transparantie verzetten zich in beginsel tegen de mogelijkheid dat een inschrijver zijn inschrijving nadien nog wijzigt of aanvult. Volgens vaste rechtspraak kan daar slechts in uitzonderlijke gevallen een uitzondering op worden gemaakt.

In paragraaf 4.1 van het Beschrijvend Document is vermeld dat een inschrijving wordt getoetst op volledigheid en dat elke inschrijving die daaraan niet voldoet, wordt uitgesloten van verdere deelname. Ervan uitgaande dat het inschrijven met een onjuist Prijsinvalformulier ertoe leidt dat de inschrijving niet volledig is, lijkt een uitzondering op de mogelijkheid dat een inschrijver zijn inschrijving nadien nog kan wijzigen of aanvullen in het onderhavige geval naar voorlopig oordeel uitgesloten. Daarbij komt dat een wijziging of aanvulling van de inschrijving niet mogelijk is, indien deze er feitelijk toe leidt dat een nieuwe inschrijving wordt gedaan. Delfland heeft in dit verband genoegzaam onderbouwd dat herstel van de door Willis gemaakte fout zou leiden tot een nieuwe inschrijving. Voorop staat dat een aanbestedende dienst mag uitgaan van de juistheid van een door een inschrijver ingediende inschrijving. Tussen partijen is niet in geschil dat Willis met betrekking tot perceel 6 een promillage van 4,5% voor primaire dekking heeft ingevuld, zodat Delfland er in beginsel van uit mocht gaan dat Willis voor dat perceel een primaire dekking heeft aangeboden. Indien – het standpunt van Willis volgend – Delfland zou instemmen met een wijziging van de inschrijving van Willis, in die zin dat Willis een promillage van 4,5% heeft aangeboden voor een secundaire dekking voor perceel 6, komt dit in feite inhoudelijk neer op een nieuwe inschrijving, hetgeen niet toelaatbaar is.

Bovendien heeft Willis tegenover de gemotiveerde betwisting van de juistheid ervan door Delfland naar voorlopig oordeel onvoldoende aannemelijk gemaakt dat sprake is van een kennelijke materiële fout die zich leent voor herstel.

De stelling van Willis dat de omstandigheid dat zij met een onjuist prijsinvalformulier heeft ingeschreven een direct gevolg is van onvolkomen aanbestedingsstukken, leidt voorshands niet tot een ander oordeel. Delfland heeft immers als bijlage bij de Nota van Inlichtingen van 23 oktober 2016 een

nieuw Prijsinvalformulier verstrekt en zij heeft in het antwoord op vraag 46 vermeld dat de dekking voor aansprakelijkheid voor perceel 6 secundair dient te zijn en dat het Prijsinvalformulier dienovereenkomstig is aangepast. Dat Willis desondanks het onjuiste Prijsinvalformulier heeft gebruikt, dient voor haar rekening en risico te komen.

Slotsom

Het voorgaande leidt naar voorlopig oordeel tot de slotsom dat niet aannemelijk is geworden dat Willis bij haar inschrijving voor de Opdracht een fout heeft gemaakt die zich leent voor herstel. In dit verband acht de voorzieningenrechter nog van belang dat Delfland onbetwist naar voren heeft gebracht dat op haar als aanbestedende dienst een bevoegdheid, maar geen verplichting rust, om kennelijke materiële fouten (nog daargelaten de vraag of daarvan in de onderhavige situatie sprake is) te laten herstellen. Nu Willis geen feiten of omstandigheden aannemelijk heeft gemaakt die de conclusie rechtvaardigen dat het uitsluiten van Willis anderszins disproportioneel of ontoelaatbaar is en Delfland Willis voorshands op goede gronden van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure heeft uitgesloten, is voor een gebod om de voorlopige gunningsbeslissing in te trekken en de inschrijving van Willis alsnog geldig te verklaren geen plaats. De vorderingen worden dan ook afgewezen.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Willis B.V.,

gevestigd te Amsterdam,

eiseres,

advocaat mr. B.J.H. Blaisse-Verkooyen te Haarlem,

tegen:

1. de publiekrechtelijke rechtspersoon

Hoogheemraadschap van Delfland,

zetelende te Delft,

2. de publiekrechtelijke rechtspersoon

Hoogheemraadschap van Rijnland,

zetelende te Leiden,

3. de publiekrechtelijke rechtspersoon

Hoogheemraadschap van Schieland en Krimpener-

waard,

zetelende te Rotterdam,

4. de publiekrechtelijke rechtspersoon

Waterschap Drents Overijsselse Delta,

zetelende te Zwolle,

5. de publiekrechtelijke rechtspersoon

Waterschap Hollandse Delta,

zetelende te Ridderkerk,

6. de publiekrechtelijke rechtspersoon

Waterschap Noorderzijlvest,

zetelende te Groningen,

7. de publiekrechtelijke rechtspersoon

Waterschap Rijn en IJssel,

zetelende te Doetinchem,

8. de publiekrechtelijke rechtspersoon

Waterschap Rivierenland,

zetelende te Tiel,

9. de publiekrechtelijke rechtspersoon

Waterschap Vallei en Veluwe,

zetelende te Apeldoorn,

10. de publiekrechtelijke rechtspersoon

Waterschap Vechtstromen,

zetelende te Almelo,

11. de publiekrechtelijke rechtspersoon

Waterschap Wetterskip Fryslân,

zetelende te Leeuwarden,

gedaagden,

advocaat mr. T. van Wijk te Nijmegen.

De volledige uitspraak is te raadplegen op opmaat.sdu.nl.

158

Voorzieningenrechter Rechtbank Gelderland

27 maart 2017, nr. 315354,

ECLI:NL:RBGEL:2017:2042

(mr. Huijgen)

Noot mr. M.C. Pinto

Beoordelingsmethodiek. Kwalitatieve gunningscriteria. Uitleg. Transparantiebeginsel. Gelijkheidsbeginsel. Marginale toetsing.

[Aanbestedingswet 2012 art. 2.113, 2.115]

De provincie Gelderland (hierna: de provincie) heeft op 15 maart 2016 een Europese niet openbare aanbestedingsprocedure aangekondigd voor de opdracht "Infrastructuur, Hosting, Werkplek en Servicedesk Diensten". In april 2016 heeft de selectiefase plaatsgevonden en is KPN B.V. (hierna: KPN) als één van de in totaal vijf partijen geselecteerd voor de inschrijvingsfase. KPN heeft een beschrijvend document ontvangen waarin de procedure is beschreven. Het gunningscriterium is de economisch meest voordelige inschrijving. Op 1 november 2016 heeft KPN haar inschrijving ingediend. Ook drie andere inschrijvers, waaronder Opera tot Groep Delft B.V. (hierna: OGD), hebben ingeschreven op de aanbesteding. Bij brief van 18 januari 2017 heeft de provincie KPN bericht dat de provincie voornemens is om over te gaan tot gunning van de opdracht aan OGD. KPN is als tweede geëindigd.

In deze aanbestedingsprocedure gaat het, in de kern genomen, om de vragen of uit de aanbestedingsdocumenten volgt dat de beoordeling van de presentatie in samenhang met de schriftelijke offerte had moeten plaatsvinden, of de provincie bij die beoordeling is afgeweken van de vooraf bekend gemaakte norm en of de beoordeling van de presentatie van KPN op een subjectieve wijze heeft plaatsgevonden.

Presentatie

KPN betoogt allereest dat uit de aanbestedingsdocumenten volgt dat de presentatie in samenhang dient te worden gezien en beoordeeld met de door haar reeds daarvoor ingediende schriftelijke offerte. Ter zitting heeft KPN haar stelling nog aangevuld en betoogd dat uit artikel 2:113 Aw 2012 voortvloeit dat mondelinge offertes, en daarmee dus de presentaties, niet kunnen worden meegenomen in de beoordeling, omdat niet controleerbaar is hoe

wordt ingeschreven. Met betrekking tot dit nadere betoog overweegt de voorzieningenrechter dat een aanbestedende dienst op grond van artikel 2:113 Aw 2012 de inschrijvingen aan de door hem in de aanbestedingsstukken gestelde normen, functionele eisen en eisen aan de prestatie dient te toetsen. In dat artikel is niet opgenomen dat een mondelinge offerte of presentatie (al dan niet met behulp van sheets en/of speakernotes) bij een inschrijving niet is toegestaan. Het is evenmin in strijd met de Aw 2012 en/of geldende jurisprudentie om een presentatie te laten meewegen bij de beoordeling van de inschrijving, maar eerder juist vrij gebruikelijk om dat te doen.

Voorts geldt dat uit artikel 2:115 Aw 2012 volgt dat nadere criteria ter bepaling van de economisch meest voordelige inschrijving onder meer de kwaliteit kunnen betreffen. Nu uit de aanbestedingsdocumenten blijkt dat de presentatie een subgunningscriterium op het gebied van kwaliteit is, kan de presentatie als zodanig worden meegenomen bij de beoordeling. Indien KPN van mening was/is dat dit in strijd met de vigerende regelgeving is, dan wel haar twijfels hierbij had, had zij hierover vragen kunnen stellen voorafgaand aan haar inschrijving. Dit heeft zij evenwel niet gedaan, zodat zij in dat opzicht te laat is om hierover thans nog te klagen. Haar betoog op dit punt treft dan ook geen doel.

Uitleg

Ten aanzien van de stelling van KPN dat de presentatie in combinatie met de offerte dient te worden beoordeeld, wordt overwogen dat een normaal oplettende inschrijver uit de aanbestedingsdocumenten kon afleiden dat de presentatie een zelfstandig subgunningscriterium was en dat die presentatie afzonderlijk werd beoordeeld.

Marginale toetsing

KPN heeft voorts nog gesteld dat een subjectieve beoordeling van haar presentatie heeft plaatsgevonden en dat aan haar te weinig punten zijn toegerekend, althans dat zij op onverklaarbare wijze significant lager (slechts 25 punten) heeft gescoord op het onderdeel presentatie dan op de andere onderdelen (waarop zij steeds minimaal 50 punten heeft gescoord). Zoals hiervoor reeds is geoordeeld staat de beoordeling van de presentatie los van de beoordeling van de andere subgunningscriteria. Het stond de provincie vrij om hieraan een andere waardering te geven dan aan de andere onderdelen van de inschrijving. Daarnaast geldt dat enige mate van subjectiviteit inherent is aan de beoordeling van een kwalitatief subgunningscriterium als

'presentatie', zoals hier aan de orde. Aan de aangevoerde, deskundige beoordelingscommissie moet dienaangaande de nodige vrijheid worden gegund, te meer nu van de rechter niet kan worden verlangd dat hij specifieke deskundigheid bezit op het gebied van het onderwerp van de opdracht. De rechter dient zich bij zijn toetsing terughoudend op te stellen en slechts wanneer sprake is van klaarblijkelijke procedurele dan wel inhoudelijke onjuistheden en/of onduidelijkheden, die zouden kunnen meebrengen dat de beoordeling niet deugt, is plaats voor ingrijpen. De door KPN voorgestane 'volle toetsing' van de beoordeling van haar presentatie ontbeert in het licht van het voorgaande een wettelijke en/of jurisprudentiële basis en kan dan ook in deze procedure niet worden aangelegd. KPN heeft nog betoogd dat zij alle gevraagde onderwerpen tijdens de presentatie inzichtelijk heeft gemaakt. Overwogen wordt dat dit zo kan zijn, maar nog niet betekent dat aangenomen kan worden KPN dit ook op een juiste wijze heeft gedaan, althans op een wijze die zodanig professioneel is én aansluit bij de visie van de provincie, dat de provincie hierdoor het verlangde vertrouwen heeft in een samenwerking met KPN. In de diverse aanbestedingsdocumenten heeft de provincie immers steeds aangegeven dat zij de presentatie inhoudelijk zal beoordelen en in bijlage C-010 is expliciet als beoordelingsnorm opgenomen dat de presentatie wordt beoordeeld op basis van de mate van vertrouwen die de provincie door de inhoudelijke toelichting van de genoemde onderwerpen krijgt, dat wordt voldaan aan de onder (i) en (ii) genoemde verwachtingen. Weliswaar is dit een enigszins subjectief gunningscriterium, maar de provincie heeft te dien aanzien reeds voldoende duidelijk gemaakt (en in de aanbestedingsdocumenten omschreven) hoe de beoordeling van dat subgunningscriterium zou plaatsvinden en ook heeft plaatsgevonden, zodat vooralsnog niet kan worden geoordeeld dat met betrekking tot het subgunningscriterium 'presentatie' sprake is (geweest) van favoritisme en/of willekeur.

Tot slot heeft de provincie de voorlopige gunningsbeslissing voldoende inzichtelijk gemotiveerd.

Slotsom

Er bestaat geen grond voor toewijzing van de vorderingen van KPN.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
 KPN B.V.,
statutair gevestigd en kantoorhoudende te Den Haag,
eiseres,
 advocaat mr. J.F. van Nouhuys te Rotterdam,
 tegen
 de publiekrechtelijke rechtspersoon
 PROVINCIE GELDERLAND,
 zetelend te Arnhem,
 gedaagde,
 advocaat mr. A.L.M. de Graaf te 's-Gravenhage,
 waarin heeft gevorderd als tussenkomende partij,
 althans voegende partij aan de zijde van de provincie, te worden toegelaten:
de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
 OPERATOR GROEP DELFT B.V.,
statutair gevestigd en kantoorhoudende te Delft,
eiseres in het incident tot tussenkomst, althans voeging,
 advocaat mr. M.J. Mutsaers te Zwolle.
 Partijen zullen hierna KPN, de provincie en OGD genoemd worden.

1 De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 7 februari 2017 met de producties 1 t/m 8
- de incidentele conclusie tot tussenkomst subsidiair voeging van OGD
- het e-mailbericht van de provincie van 10 maart 2017 met productie 1
- het e-mailbericht van OGD van 10 maart 2017 met productie I
- de mondelinge behandeling op 13 maart 2017
- de pleitnota van KPN
- de pleitnota van de provincie
- de pleitnota van OGD.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2 De feiten

2.1. De provincie heeft op 15 maart 2016 een Europese niet openbare aanbestedingsprocedure aangekondigd voor de opdracht "Infrastructuur, Hosting, Werkplek en Servedesk Diensten". In april 2016 heeft de selectiefase plaatsgevonden en is KPN als één van de in totaal vijf partijen geselecteerd voor de inschrijvingsfase. KPN heeft een beschrijvend document ontvangen waarin de procedure is beschreven. Het gunningscriterium

is de economisch meest voordelige inschrijving. In het beschrijvend document is onder meer de volgende knock-out eis opgenomen:

Separate beantwoording kwalitatieve subGunningscriteria

3.2.15. ⁹ Het maximaal 10 vragen Gewicht: 0%

Q: 3.2.15. De beantwoording van de individuele kwalitatieve subGunningscriteria dient separaat, per vraag (stand-alone), beantwoord te worden. Dat betekent dat in het antwoord op de ene vraag niet mag worden verwezen naar (delen uit) antwoorden op andere vragen.
 Inschrijver geeft aan kennis te hebben genomen van bovengenoemde en gaat hiermee akkoord.

A: Ja (Max)
 Nee (Min) (KO)

Tevens is in het beschrijvend document het volgende vermeld:

3.4. ³ Gunningscriteria - Programma van 13 12 vragen met 2 niet beantwoord 80%

Wisselen
 In deze vraagengroep zijn de vragen opgenomen welke vallen onder het Gunningscriterium Kwaliteit. Gunning vindt plaats op basis van de Inschrijving met de beste prijs/kwaliteit verhouding. Ter bepaling van de Inschrijving met de beste prijs/kwaliteit verhouding zijn per vraag de wegingsfactoren en beoordelingsmethodes gedefinieerd.

Let op:

- Voor alle beschrijvingen in opgevraagde bijlagen dient gebruik gemaakt te worden van lettertype Arial, regelafstand meerdertal 1,15 met als voorspelling minimaal 10. Indien een beschrijving hieraan niet voldoet, behoudt Provincie Gelderland zich het recht voor deze beschrijving niet te beoordelen;
- In de beschrijvingen (inclusief de inhoudsopgave) langer is dan het toegestane aantal A4's, wordt deze enkel voor het toegestane aantal A4's beoordeeld, waarna de overige A4's buiten de beoordeling worden gelaten. In geval van een open vraag komt één A4 in Regometrix overeen met 4000 tekens (incl. spaties) per pagina. Let op: Het aantal tekens in Word is lager dan wanneer dezelfde tekst als antwoord op een open vraag in Regometrix wordt getoet. De telling van het aantal tekens in Regometrix is echter te allen tijde leidend.
- De beantwoording van onderstaande vragen dient separaat, per vraag (stand-alone), beantwoord te worden. Dat betekent dat in het antwoord op de ene vraag niet mag worden verwezen naar (delen uit) antwoorden op andere vragen.
- De verschillende vragen zullen absoluut beoordeeld worden

Voor het totaal van het Gunningscriterium Kwaliteit dient Inschrijver tenminste 450 punten te behalen. Indien Inschrijver minder dan 450 punten behaalt op het totaal van het subGunningscriterium Kwaliteit wordt de Inschrijving schriftelijk geëigeld en wordt niet verder beoordeeld.

Beoordeling

De beoordeling van de Inschrijving geschiedt door een ter zake kundig beoordeelingssteam. Per vraag kunnen punten worden gescoord. Het maximaal te behalen aantal punten en het relatieve gewicht in het overzicht is per vraag aangegeven. Per vraag worden de toegekende punten door de leden van het beoordeelingssteam individueel vastgesteld, waarna op basis van consensus een eenduidige score per vraag wordt bepaald. Deze score wordt vervolgens vermenigvuldigd met de wegingsfactor. Het totaal van de score op alle vragen leidt tot de ¹score voor het Gunningscriterium Kwaliteit.

(...)

antwoord te geven

Q: 3.4.13. Inschrijver wordt gevraagd een inhoudelijke presentatie te verzorgen die als subGunningscriterium meetelt in de totale beoordeling.

In totaal kunnen 100 punten op het subGunningscriterium Presentatie worden gescoord op basis van de onderwerpen die in in bijgevoegd antwoordtemplate worden toegelicht.

De uitgangspunten die ten behoeve van de presentatie van belang zijn:

1. Inschrijver dient alle onderwerpen (aangestippen) gedurende een timeslot van 2 uur (120 minuten) aan een delegatie van maximaal 8 personen (inclusief 6 leden beoordeelingssteam) van Provincie Gelderland te presenteren. Conform planning werkt elke Inschrijver op donderdag 10 of op vrijdag 11 november 2016 op basis van een delegatie van maximaal 4 personen op een door Provincie Gelderland nog nader te bepalen locatie in Arnhem uitgenodigd. Elke Inschrijver krijgt hiervoor nog een uitnodiging toegezonden
2. Omdat de presentatie onderdeel is van de beoordeling, is het voor zowel de deelnemers van Provincie Gelderland als die van Inschrijver niet toegestaan om tijdens de presentatie inhoudelijke of procesmatige vragen te stellen,
3. De volgorde van de onderwerpen mag gewijzigd worden, indien dit naar de mening van Inschrijver de kwaliteit, het begrip en het resultaat van de presentatie verhoogt,
4. Elk onderwerp dient als een samenhangend geheel, volledig, kwalitatief en kwantitatief te worden gepresenteerd, zodat Provincie Gelderland een goed beeld krijgt van de visie en/of aanpak van de Inschrijver.
5. De uitwerking van de presentatie in aantal slides is niet gemaximeerd,
6. Tenminste twee (2) sleutelfunctionarissen die betrokken worden bij de uitvoering van de Overeenkomst, bijvoorbeeld de beoogde transitionmanager en/of service delivery manager, verzorgen (mede) de presentatie,
7. De uitwerking mag niet conflicteren met de eisen uit de Aanbestedingsdocumenten. Deze zijn volledig en onverkort van toepassing
8. De getoonde presentatieslides dienen direct na de presentatie in elektronische vorm aan Provincie Gelderland te worden overhandigd en zijn daarmee onderdeel van de Inschrijving.

Door inkoop gekoppelde bijlagen:

[Bijlage C-008_Antwoordtemplate_Presentatie.pdf 373 KB](#)

Het beschrijvend document verwijst voor wat betreft de kwalitatieve beoordeling naar bijlage A-001, gunningsproces kwaliteit, waarin het volgende is opgenomen:

1. Gunningcriterium Kwaliteit en weging

Voor de beoordelingsfase bestaat het Gunningcriterium 'Kwaliteit' uit de onderstaande subGunningcriteria met bijbehorende wegingsfactor.

1. Transitieplan	weging 15%	= maximaal 120 punten,
2. Re-transitieplan	weging 5%	= maximaal 40 punten,
3. Service Level Agreement (FMO)	weging 15%	= maximaal 120 punten,
4. Solution Document	weging 15%	= maximaal 120 punten,
5. Transitieplan	weging 15%	= maximaal 120 punten,
6. Service Delivery Plan	weging 10%	= maximaal 80 punten,
7. Informatiebeveiligingsplan	weging 12%	= maximaal 96 punten,
8. Social Return	weging 2,5%	= maximaal 20 punten,
9. Duurzaamheid	weging 2,5%	= maximaal 20 punten,
10. Presentatie	weging 8%	= maximaal 64 punten.

Voor de Gunningcriteria Prijs en Kwaliteit kunnen in totaal maximaal 1.000 punten worden behaald. Het gewicht voor het Gunningcriterium 'Kwaliteit' is 80%, zodat in totaal voor 'Kwaliteit' maximaal 800 punten kunnen worden behaald.

Inschrijvers dienen **minimaal 450 punten** te halen voor Kwaliteit om in aanmerking te komen voor Gunning. Inschrijvingen die deze drempel niet halen worden terzijde gelegd. In hoofdstuk 2 wordt per subGunningcriterium toegelicht op welke wijze het maximum aantal punten kan worden

(...)

2.10. Beoordeling Presentatie

De inhoud van de presentatie van de Inschrijver dient in overeenstemming te zijn met Bijlage C-010 – Antwoordtemplate Presentatie.

Norm. De presentatie wordt beoordeeld op de inhoudelijke toelichting van de genoemde onderwerpen. In totaal zijn voor het subGunningcriterium Presentatie per Inschrijver maximaal 100 punten te behalen.

Omdat de presentatie conform de weging voor 8% meetelt in de totale puntentelling van Kwaliteit met maximaal 800 punten, komt de eindscore tot stand door achtereenvolgens:

1. het maximum aantal gewogen 64 punten (8% weging x 800) voor het subGunningcriterium Presentatie te delen door het maximum van 100 te behalen punten voor het subGunningcriterium Presentatie,
2. de uitkomst hiervan ($64/100 = 0,64$) te vermenigvuldigen met het totaal aantal opgetelde c.q. behaalde punten voor het subGunningcriterium Presentatie. Er vindt alleen afronding op hele punten plaats.

In bijlage C-010 Presentatie bij het beschrijvend document is onder meer het volgende opgenomen:

1. Inhoud en beoordeling

Instructie. Provincie Gelderland verwacht dat Inschrijver een inhoudelijke presentatie verzorgt waarbij:

- wordt aangetoond dat de sleutelfunctionarissen van Inschrijver op een duidelijke en overtuigende wijze hun inhoudelijke visie en/of aanpak op de onderstaande onderwerpen kunnen schetsen,
- de eigenheid en professionaliteit van de organisatie, best practices, kennis en ervaring van de Inschrijver maximaal een plek krijgt c.q. wordt aangetoond.

Voor Provincie Gelderland is het hierbij van belang dat Inschrijver in de presentatie inzichtelijk maakt:

- wat de kritieke succesfactoren zijn om het beoogde contract tot een succes te maken (op basis van de vijf (5) sourcingsdoelstellingen) en welke verantwoordelijkheden aan de zijde van Provincie Gelderland en ketenpartners worden geïdentificeerd om de voornoemde sourcingsdoelstellingen (gezamenlijk) te realiseren. Welke risico's staan dit succes mogelijk in de weg en hoe kunnen deze worden gemitigeerd?
- hoe de FMO (door)ontwikkeling op basis van innovaties kan worden vormgegeven om de gewenste situatie van Provincie Gelderland te realiseren,
- hoe invulling wordt gegeven aan het Partnership dat verder gaat dan de feitelijke prestatie in korte termijn belangen. Welke randvoorwaarden worden hieraan gesteld en wat wordt van de Provincie Gelderland ten aanzien van dit Partnership verwacht.
- welke voorbereiding ten behoeve van de Transitie noodzakelijk is en welke randvoorwaarden hieraan worden gesteld, bijvoorbeeld ten aanzien van de Inzet van Provincie Gelderland en ketenpartners,

- wat de kritieke succesfactoren en risico's zijn om met een regioorganisatie samen te werken die conform een plateauplanning nog in volwassenheid dient door te groeien,
- hoe de communicatie c.q. interactie met de eindgebruikers (perloedk) vanuit het perspectief van een hoge klanttevredenheid wordt georganiseerd. Bijvoorbeeld hoe wordt de Servicedesk Dienstverlening georganiseerd? Hoe gaat Inschrijver om met een eindgebruikerspopulatie met een beperkte digitale vaardigheid, waarvan een klein percentage veelseisend is met betrekking tot de Dienstverlening.

Beoordeling. De presentatie wordt beoordeeld op basis van de mate van vertrouwen die Provincie Gelderland door de inhoudelijke toelichting van de onder a. tot en met f. genoemde onderwerpen krijgt, dat wordt voldaan aan de hierboven onder (i) en (ii) genoemde verwachtingen.

Bij de beoordeling hanteert Provincie Gelderland de volgende kwalitatieve waardering:

- Inschrijver krijgt **100 punten** indien hij op uitstekende wijze de onder a. tot en met f. genoemde onderwerpen inzichtelijk heeft gemaakt, waardoor Provincie Gelderland van mening is dat Inschrijver over een uitstekende visie en professionaliteit beschikt, en veel vertrouwen heeft in de beoogde samenwerking,
- Inschrijver krijgt **75 punten** indien hij in meer dan gemiddelde mate aan de onder a. tot en met f. genoemde onderwerpen inzichtelijk heeft gemaakt, waardoor Provincie Gelderland van mening is dat Inschrijver over een in meer dan gemiddelde visie en professionaliteit beschikt en meer dan voldoende vertrouwen in de beoogde samenwerking heeft. De presentatie toont echter enkele gebreken die eraan in de weg staan om een score van 100 punten toe te kennen,
- Inschrijver krijgt **50 punten** indien hij in gemiddelde mate aan de onder a. tot en met f. genoemde onderwerpen inzichtelijk heeft gemaakt, waardoor Provincie Gelderland van mening is dat Inschrijver over een gemiddelde visie en professionaliteit beschikt en voldoende

vertrouwen heeft in de beoogde samenwerking. De 'presentatie' toont echter niet meer informatie/nicht dan van een deustendig Inschrijver verwacht mag worden.

- Inschrijver krijgt **25 punten** indien hij in minder dan gemiddelde mate aan de onder a. tot en met f. genoemde onderwerpen inzichtelijk heeft gemaakt, waardoor Provincie Gelderland van mening is dat Inschrijver over een in minder dan gemiddelde visie en professionaliteit beschikt, en onvoldoende vertrouwen heeft in de beoogde samenwerking. De 'presentatie' kent substantiële gebreken en/of bepaalde aspecten zijn onvoldoende inzichtelijk gemaakt,
- Inschrijver krijgt **0 punten** indien hij onvoldoende tot slecht de onder a. tot en met f. genoemde onderwerpen inzichtelijk heeft gemaakt, waardoor Provincie Gelderland van mening is dat Inschrijver over onvoldoende visie en professionaliteit beschikt en geen vertrouwen heeft in de beoogde samenwerking.

2.2. In bijlage B-001 bij het beschrijvend document zijn vijf (sourcings-)doelstellingen vermeld die de provincie wil realiseren met het uitbesteden van de dienstverlening, te weten: innovatief vermogen, vergroten van de flexibiliteit in verschillende vormen, efficiëntie, verhoging kwaliteit en betrouwbaarheid.

2.3. Op 1 november 2016 heeft KPN haar inschrijving ingediend. Ook drie andere inschrijvers, waaronder OGD, hebben ingeschreven op de aanbesteding.

2.4. Op 11 november 2016 heeft KPN de presentatie gehouden aan de hand van 29 sheets en bijbehorende speakernotes. Op diezelfde dag en een dag later/eerder hebben de presentaties van de andere drie inschrijvers plaatsgevonden.

2.5. Bij brief van 18 januari 2017 heeft de provincie KPN bericht dat de provincie voornemens is om over te gaan tot gunning van de opdracht aan OGD. De eindrangschikking is als volgt:

1. OGD	711 punten
2. KPN	699 punten
3. Fujitsu	663 punten
4. Ordina	615 punten

In een bijlage bij de brief is de beoordeling van de kwalitatieve criteria als volgt weergegeven:

A.	Kwaliteit	Max. punten	Punten KPN	Punten OGD
1	Transitieplan (15%)			
	1. Strategie	100	50	75
	2. Aanpak en fasering	100	50	75
	3. Organisatie en besturing	100	50	75
	4. Risicobeheersing	100	75	50
	5. Kwaliteitsbewaking	100	50	50
	Gewogen score (0,24 x Totaal punten)	120	66	78
2	Re-transitieplan (5%)			
	1. Strategie	100	50	75
	2. Aanpak en fasering	100	50	50
	3. Organisatie en besturing	100	25	50
	4. Risicobeheersing	100	75	50
	5. Kwaliteitsbewaking	100	25	50
	Gewogen score (0,08 x Totaal punten)	40	18	22

3	Service Level Agreement FMO (15%)			
	1. Algemene Diensten	140	70	105
	2. Hosting en Infrastructuur Dvl	100	50	50
	3. Werkplekbeheer Dvl	100	50	50
	4. Servicedesk Dvl	80	100	75
	5. Connectiviteit Dvl	100	60	60
	6. Informatiebeveiliging Dvl	80	20	60
	Gewogen score (0,20 x Totaal punten)	120	70	80
4	Solution Document (15%)			
	1. High level architectuur en integratie	100	50	75
	2. Hosting en Infrastructuur Dvl	100	75	100
	3. Werkplek Dvl	100	50	100
	4. Connectiviteit Dvl	100	75	75
	5. Servicedesk Dvl	100	50	75
	Gewogen score (0,24 x Totaal punten)	120	72	102

5	Transformatieplan (15%)			
	1. Innovatie - Infrastructuur en Hosting	100	75	50
	2. Innovatie - Werkplekbeheer en Gbo	140	70	70
	3. Innovatie - Connectiviteit	60	60	45
	4. Innovatie - Servicedesk en SSP	100	50	50
	Gewogen score (0,30 x Totaal punten)	120	77	65
6	Service Delivery Plan (10%)			
	1. Service Delivery Model	80	40	20
	2. Partnership	120	90	90
	3. Samenwerking met Regie	120	90	90
	4. Service Integratie	80	40	40
	Gewogen score (0,20 x Totaal punten)	80	52	48

7	Informatiebeveiligingsplan (12%)			
	1. Security Incidenten	120	120	60
	2. Security bedreigingen en kwetsbaarheden	120	90	60
	3. Privacy	100	100	75

8	Social Return (2,5%)			
	1. Bijdrage Social Return	100	100	100
	Gewogen score (0,20 x Totaal punten)	20	20	20
9	Duurzaamheid (2,5%)			
	1. Percentage (%) gevirtualiseerde servers	100	100	100
	2. Elektriciteit uit hernieuwbare bronnen	100	100	100
	Gewogen score (0,10 x Totaal punten)	20	20	20
10	Presentatie (8%)			
	1. Presentatie	100	25	75
	Gewogen score (0,64 x Totaal punten)	64	16	48

	Totaal gewogen score op kwaliteit	300	501	548
B	Totaal gewogen score op prijs	100	100	121
	Eindscore (Prijs + Kwaliteit)		699	721

Tevens is in die bijlage (van in totaal 41 pagina's) het resultaat van de beoordeling van de inschrijving van KPN weergegeven, waarbij in paragraaf 10. ten aanzien van de presentatie is vermeld:

10. PRESENTATIE

PRESENTATIE – 25 punten

Uit de presentatie is duidelijk geworden dat de onder a. tot en met f. genoemde onderwerpen in minder dan gemiddelde mate inzichtelijk zijn gemaakt, namelijk:

Ad aspect a: de kritieke succesfactoren (elkaar leren kennen, denken vanuit de gebruiker e.d.) zijn niet als de risico's (verlies van focus, contract als leidend e.d.) duidelijk benoemd, echter door (i) de toelichting op scheiding van het "wat (door de provincie)" en het "hoe (door inschrijver)" en (ii) de geschetste standaardisatie waardoor de ruimte voor innovatie onder druk lijkt te komen, ontstaat er onvoldoende vertrouwen dat dat gaat leiden tot het succesvol realiseren van de sourcing doelstellingen van de provincie.

Ad aspect b: De toelichting op de FMO (doorontwikkeling laat zien dat de Innovaties sterk inschrijver gedreven zijn en er voor de provincie ondanks het overlegplatform voor innovatie onvoldoende ruimte lijkt te bestaan om de gewenste situatie in onderlinge samenwerking tot stand te brengen c.q. dat de provincie op deze innovaties invloed kan uitoefenen. Innovatie lijkt eerder op basis van de ingehuurde middelen en faciliteiten plaats te vinden, door het uitsluitend nog te benutten en juist toepassen van mogelijkheden. In de toelichting ontbreken welke innovaties gelet op de gewenste situatie in de FMO- voor de provincie relevant zijn - de nadruk komt sterk te liggen op een voorbeeld als de Gemeente Amsterdam.

Ad aspect f: In de toelichting op het borgen van klanttevredenheid wordt met name ingegaan op de KPN werplek bij de eindgebruikers (floorwalkers, filmpjes, instructiekaarten e.d.). Er is nauwelijks aandacht voor het Servicedesk concept, de Servicedesk bedrijfsvoering en het verhogen van digitale vaardigheden, anders dan de focus op de standaard werplek. Postief is dat floorwalkers worden ingezet en dat veeleens medewerkers in de testfase (kunnen) worden betrokken.

SLOT BEOORDELING (A/T/M/F). Op basis van de bij de beoordeling van de verschillende aspecten geuite kritiek komt de provincie tot het oordeel dat sprake is van een combinatie van aspecten, die onvoldoende zijn uitgewerkt (kritieke succesfactoren bij samenwerking met regie-organisatie, omissies bij de toelichting hoe de klanttevredenheid is geborgd en verwachtingen van de provincie bij Invulling partnership én er twijfels bestaan over het behalen van de sourcingdoelstellingen door te veel standaardisatie en te weinig ruimte voor innovatie. Op grond hiervan is de provincie van oordeel dat onvoldoende vertrouwen bestaat in de beoogde samenwerking. Derhalve wordt een score van 25 punten toegekend.

Score OGD 75 punten

De winnaar van deze aanbesteding heeft op dit onderdeel een score behaald van 75 punten. OGD scoorde vooral goed op de volgende punten:

- de kritieke succesfactoren (veranderingsbereidheid, vertrouwen, openheid, klanttevredenheid e.d.) en risico's worden in detail toegelicht;
- de invulling van het partnership wordt inhoudelijk benadrukt door het creëren van een gemeenschappelijke cultuur;

- de toelichting qua aanpak en fasering op de Transitie is duidelijk toegelicht;
- de kritieke succesfactoren en risico's ten aanzien van de samenwerking met een regioorganisatie die in volwassenheid dient door te groeien, zijn goed uiteengezet;
- ingegaan wordt hoe de samenwerking op basis van korte communicatielijnen met onder andere de eindgebruikers en heldere afspraken met alle ketenpartners in de keten kan worden beheerd;
- de toelichting op het organiseren van de klantvredevindheid staat centraal waarbij een 24/7-servicedesk een centrale rol vervult, het verhogen van de zelfredzaamheid en het minimaliseren van werkonderbrekingen door goed problem management.

Echter doordat de presentatie ook een aantal gebreken vertoonde, zoals:

- de toelichting op de FMO (door)ontwikkeling blijft beperkt;
- er wordt beperkt ingegaan welke innovaties in relatie tot de gewenste situatie worden gerealiseerd, bijvoorbeeld de innovaties zoals UC, IAM en EFS die voor de provincie vanaf het eerste FMO-uur relevant zijn.

Als gevolg van het bovenstaande, is de provincie van oordeel dat er veel vertrouwen bestaat in de samenwerking, maar het commentaar ervoor zorgt dat geen score van 100 maar van 75 punten wordt toegekend.

2.6. Bij brief van 27 januari 2017 aan de provincie heeft KPN bezwaar gemaakt tegen de beslissing van de provincie en dit onder meer als volgt toegelicht:

3. Verslag presentatie 11 november 2016

Gezien de aanmerkelijke discrepantie tussen de beoordeling van de presentatie van KPN en die van OGD en gezien de relatief hoge wegingsfactor van de beoordeling van de presentatie, wenst KPN inzagte in het beoordelingsproces van de presentatie. Dit onderdeel van de beoordeling bevat immers het grootste risico op subjectieve elementen. In de beoordeling van diverse elementen in de eigenlijke beoordeling van de daadwerkelijke aanbieder en de beoordeling van datzelfde element in de presentatie zijn onverkleerbare verschillen vast te stellen. KPN wijft u daarbij op het volgende:

Innovatie:

Presentatie: KPN onvoldoende vertrouwen / OGD veel beter
Aanbieder: OGD 65 punt vs KPN 77 punten

Het zal daarom voor KPN van grote waarde zijn om het verslag van deze sessie te ontvangen.

2.7. De provincie heeft KPN bij brief van 1 februari 2017 als volgt bericht:

3. Verslag presentatie 11 november 2017

Alle inschrijvers dienen een inhoudelijke presentatie te verzorgen, waarbij:
(i) wordt aangegeven dat de sleutelfunctionarissen van inschrijver op een duidelijke en overtuigende wijze hun inhoudelijke visie en/of aanpak op de onderstaande onderwerpen kunnen schetsen;
(ii) de sleutheid en professionaliteit van de organisatie, best practices, kennis en ervaring van de inschrijver maximaal een plek krijgt o.a. wordt aangegeven.

Dit betekent derhalve dat bij de presentatie geen rekening is gehouden met de schriftelijke antwoorden op de verschillende kwalitatieve subgunningscriteria. Dat kon ook niet, aangezien op het moment van de presentatie (10 dagen na de laatste datum van inschrijving) het beoordelingsleer nog zeker niet alle schriftelijke antwoorden had beoordeeld. Er heeft dus alleen een beoordeling van de presentatie op zich plaatsgevonden zonder rekening te houden met deze schriftelijke antwoorden. Dat is ook niet meer dan logisch, omdat anders de presentatie feitelijk weinig zin heeft. En dus is het mogelijk (en dat is niet alleen bij KPN het geval) dat KPN bij de presentatie op bepaalde onderwerpen, die in Bijlage C-008, vraag 3.4.13 Beschrijvend document zijn opgenomen, minder goed scoorde dan OGD, terwijl dat bij de schriftelijke beoordeling juist andersom is. Overigens wijs ik u wel op het feit dat OGD voor het onderdeel innovatie ook in de presentatie minder goed scoorde, dat staat ook in het beoordelingsresultaat.

Het ging in de presentatie, zoals hierboven ook is beschreven, primair om het op een duidelijke en overtuigende wijze naar voren brengen van een visie op de verschillende onderwerpen en het aantonen van de eigenheid en professionaliteit van de organisatie.

Er is geen verslag van de presentatie gemaakt, ook niet bij de andere inschrijvers (dit is in het Beschrijvend document ook niet toegezegd). Gedurende de presentatie hebben de verschillende leden van het beoordelingsleer hun individuele opmerkingen genoteerd (vandaar ook dat een ieder een laptop voor zich had tijdens de presentatie) en na de presentatie heeft het beoordelingsleer al deze opmerkingen verzameld en besproken en uiteindelijk is men in consensus tot een bepaalde score gekomen.

Resumerend heeft de inhoud van uw brief wel geleid tot een wijziging van de score van KPN van 699 naar 701 punten, maar dit leidt niet tot een andere Gunningsbeslissing.

3 Het geschil

3.1. KPN vordert dat de voorzieningenrechter

primair

de provincie verbiedt de opdracht aan een ander te gunnen dan aan KPN,

subsidiar

de provincie gebiedt de gunningsbeslissing ten gunste van OGD van 18 januari 2017 in te trekken en de beoordeling van de presentaties van de vier inschrijvers, althans van de door de voorzieningenrechter aan te duiden inschrijver(s) opnieuw uit te voeren met inachtneming van dit vonnis en een nieuwe gunningsbeslissing te nemen en daarbij de wettelijke bezwaartermijn in acht te nemen,

primair en subsidiar

waarbij elk gebod en verbod aan de provincie wordt opgelegd op straffe verbeurte van een direct opeisbare dwangsom van € 1.000.000,00, de provincie veroordeelt in de kosten van deze procedure, de door KPN gemaakte kosten van juridische bijstand en de nakosten daaronder begrepen.

3.2. KPN legt – kort gezegd – aan haar vorderingen ten grondslag dat haar presentatie los van de reeds ingediende offerte is beoordeeld, terwijl dat niet was aangekondigd. De presentatie is naar haar aard een toelichting op de ingediende offerte. Daarnaast stelt KPN zich op het standpunt dat zij te weinig punten heeft gekregen voor haar presentatie en dat sprake was van een subjectieve beoordeling van die presentatie.

3.3. De provincie voert verweer.

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

in het incident

3.5. OGD vordert primair dat zij als tussenkomende partij en subsidiar als voegende partij aan de zijde van de provincie wordt toegelaten. Als tussenkomende partij vordert OGD dat de voorzieningenrechter

1. KPN niet-ontvankelijk verklaart in de vorderingen, althans de vorderingen van KPN afwijst,

2. de provincie veroordeelt om, voor zover zij de opdracht nog steeds wenst te gunnen, deze definitief aan OGD wordt gegund, althans de provincie verbiedt de opdracht aan een ander dan aan OGD te gunnen,

3. KPN gebiedt te gehengen en gedogen dat de provincie, voor zover zij de opdracht nog steeds wenst te gunnen, deze definitief aan OGD gunt, althans KPN gebiedt te gehengen en te gedogen

dat het de provincie, voor zover zij de opdracht nog steeds wenst te gunnen, wordt verboden deze aan een ander dan aan OGD te gunnen,

4. KPN veroordeelt in de kosten van deze procedure, een tegemoetkoming in de door OGD gemaakte kosten van juridische bijstand daaronder begrepen, alsmede in de nakosten van € 133,00 zonder betekening van dit vonnis en van € 199,00 in geval betekening van dit vonnis, met bepaling dat alle genoemde kosten binnen twee weken na dit vonnis aan OGD moeten zijn voldaan, bij gebreke waarvan KPN zonder nadere aankondiging over die kosten de wettelijke rente verschuldigd is.

3.6. OGD voert daartoe – kort samengevat – aan dat de provincie het gunningscriterium presentatie duidelijk heeft geformuleerd en dat uit de aanbestedingsstukken volgt dat de presentatie afzonderlijk werd beoordeeld en daarmee een zelfstandig subgunningscriterium was. Nu de beoordeling op een juiste wijze heeft plaatsgevonden en OGD als winnaar uit de bus is gekomen, dient de opdracht aan haar te worden gegund.

in de hoofdzaak en in het incident

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

4 De beoordeling

in het incident tot tussenkomst, althans voeging van OGD

4.1. KPN en de provincie hebben geen verweer gevoerd tegen de tussenkomst van OGD. OGD heeft een rechtstreeks en in rechte te erkennen belang om als tussenkomende partij in het geding te komen. OGD is immers de inschrijver aan wie de aanbestedende dienst voornemens is de opdracht te gunnen. Daarom zal OGD worden toegelaten als tussenkomende partij. KPN en de provincie zullen in de kosten van het incident worden veroordeeld, welke kosten worden groot op nihil.

in de hoofdzaak

4.2. Het spoedeisend belang vloeit voort uit de stellingen van KPN.

4.3. Het gaat in deze zaak om het volgende. De provincie heeft op 15 maart 2016 een Europese niet openbare aanbesteding aangekondigd voor de opdracht “Infrastructuur, Hosting, Werkplek en Servicedesk Diensten”. Het gunningscriterium is de economisch meest voordelige inschrijving. In het beschrijvend document is de wijze beschreven waarop inschrijvers een inschrijving kunnen indienen en hoe het beoordelingsteam de ingediende

de inschrijvingen beoordeelt. Op de procedure is de oude Aanbestedingswet 2012 (hierna: Aw 2012) van toepassing, zoals deze gold vóór 1 juli 2016. Nadat op 22 april 2016 acht gegadigden zich hadden aangemeld voor de procedure, heeft de provincie - na een beoordeling van de selectiecriteria zoals opgenomen in de selectieleidraad - vijf partijen, waaronder KPN, geselecteerd voor de inschrijvingsfase. Op 1 november 2016 heeft KPN, naast drie andere partijen waaronder OGD, haar inschrijving ingediend, waarna KPN op 11 november 2016 haar presentatie aan de hand van sheets en speakernotes heeft gehouden. Deze presentatie is beoordeeld door een team van zes deskundigen. Op 18 januari 2017 heeft de provincie KPN medegedeeld dat de opdracht voorlopig gegund zal worden aan OGD, omdat zij in totaal hoger had gescoord dan KPN. KPN stelt zich in dit kort geding op het standpunt dat de presentatie niet los van de offerte had moeten worden beoordeeld, maar in samenhang met haar schriftelijke inschrijving had moeten worden bezien en beoordeeld. KPN heeft slechts 25 punten voor haar presentatie gekregen, maar de onderbouwing hiervan is onvoldoende om een dergelijke score te rechtvaardigen. De provincie is volgens KPN bij die beoordeling afgeweken van de vooraf in het beschrijvend document bekendgemaakte norm. KPN heeft haar visie op de aspecten, zoals opgenomen in bijlage C-010 Presentatie bij het beschrijvend onder a. t/m f., inzichtelijk gemaakt, zodat zij minimaal 50 punten voor haar presentatie had moeten krijgen en als gevolg daarvan de winnaar zou moeten zijn van de onderhavige aanbestedingsprocedure. Volgens KPN is bovendien sprake van een subjectieve beoordeling. KPN concludeert dan ook dat de provincie de presentatie verkeerd heeft beoordeeld, hetgeen hersteld dient te worden. De provincie heeft zich kort gezegd op het standpunt gesteld dat uit de aanbestedingsdocumenten volgt dat de presentaties op zichzelf beoordeeld zouden worden en dat bij onduidelijkheden of incompleetheiden niet kon worden teruggegrepen op of verwezen naar de ingediende offerte.

4.4. In deze aanbestedingsprocedure gaat het, in de kern genomen, om de vragen of uit de aanbestedingsdocumenten volgt dat de beoordeling van de presentatie in samenhang met de schriftelijke offerte had moeten plaatsvinden, of de provincie bij die beoordeling is afgeweken van de vooraf

bekend gemaakte norm en of de beoordeling van de presentatie van KPN op een subjectieve wijze heeft plaatsgevonden.

4.5. De voorzieningenrechter stelt voorop dat volgens vaste rechtspraak (HvJEG 29 april 2004, zaak C-496/99 (Succhi di Frutta) en HR 4 november 2005, NJ 2006, 204) het aanbestedingsrecht twee centrale beginselen kent: het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers en het daarvan afgeleide transparantiebeginsel. Het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers beoogt de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging tussen de aan de aanbestedingsprocedure voor een overheidsopdracht deelnemende ondernemingen te bevorderen en vereist dat alle inschrijvers bij het opstellen van het in hun offerte gedane voorstel dezelfde kansen krijgen: voor alle mededingers moeten dezelfde voorwaarden gelden. Het transparantiebeginsel strekt, in samenhang daarmee, ertoe te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen en impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in het aanbestedingsbericht of in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, opdat enerzijds alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde wijze kunnen interpreteren, en anderzijds de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria die op de betrokken opdracht van toepassing zijn. Dat brengt niet alleen mee dat alle aanbieders gelijk worden behandeld, maar ook dat zij in gelijke mate, mede met het oog op een goede controle achteraf, een duidelijk inzicht moeten hebben in de voorwaarden waaronder de aanbesteding plaatsvindt, zoals de gunningscriteria. Voornoemde beginselen zijn ook opgenomen in de artikelen 1.8 en 1.9 Aw 2012. Langs deze lijnen zal het onderhavige geschil dan ook mede worden beoordeeld.

4.6. Met inachtneming van de hiervoor weergegeven jurisprudentie dient de aanbestedende dienst, in dit geval de provincie, in het beschrijvend document en de daarbij behorende bijlagen een duidelijk inzicht te geven in de voorwaarden waaronder de aanbesteding plaats heeft. Meer in het bijzonder dienen de (sub)gunningscriteria voor een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver op een duidelijke, precieze

en ondubbelzinnige wijze te zijn geformuleerd. Bij de uitleg van het beschrijvend document en de daarbij behorende bijlagen dient acht te worden geslagen op de bewoordingen daarvan, gelezen in het licht van de gehele tekst van, in beginsel, alle aanbestedingsstukken. Daarbij komt het aan op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de stukken zijn gesteld. De bedoelingen van de aanbestedende dienst zijn daarbij dus niet van belang, tenzij deze bedoelingen uit de aanbestedingsdocumenten en de toelichting kenbaar zijn.

4.7. KPN betoogt allereerst dat uit de aanbestedingsdocumenten volgt dat de presentatie in samenhang dient te worden gezien en beoordeeld met de door haar reeds daarvoor ingediende schriftelijke offerte. Ter zitting heeft KPN haar stelling nog aangevuld en betoogd dat uit artikel 2:113 Aw 2012 voortvloeit dat mondelinge offertes, en daarmee dus de presentaties, niet kunnen worden meegenomen in de beoordeling, omdat niet controleerbaar is hoe wordt ingeschreven.

4.8. Met betrekking tot dit nadere betoog overweegt de voorzieningenrechter dat een aanbestedende dienst op grond van artikel 2:113 Aw 2012 de inschrijvingen aan de door hem in de aanbestedingsstukken gestelde normen, functionele eisen en eisen aan de prestatie dient te toetsen. In dat artikel is niet opgenomen dat een mondelinge offerte of presentatie (al dan niet met behulp van sheets en/of speakernotes) bij een inschrijving niet is toegestaan. Het is evenmin in strijd met de Aw 2012 en/of geldende jurisprudentie om een presentatie te laten meewegen bij de beoordeling van de inschrijving, maar eerder juist vrij gebruikelijk om dat te doen.

4.9. Voorts geldt dat uit artikel 2:115 Aw 2012 volgt dat nadere criteria ter bepaling van de economisch meest voordelige inschrijving onder meer de kwaliteit kunnen betreffen. Nu uit de aanbestedingsdocumenten blijkt dat de presentatie een subgunningscriterium op het gebied van kwaliteit is, kan de presentatie als zodanig worden meegenomen bij de beoordeling. Indien KPN van mening was/is dat dit in strijd met de vigerende regelgeving is, dan wel haar twijfels hierbij had, had zij hierover vragen kunnen stellen voorafgaand aan haar inschrijving. Dit heeft zij evenwel niet gedaan, zodat zij in dat opzicht te laat is om hierover thans nog te klagen. Haar betoog op dit punt treft dan ook geen doel.

4.10. Ten aanzien van de stelling van KPN dat de presentatie in combinatie met de offerte dient te worden beoordeeld, wordt het volgende overwogen. In bijlage A-001, gunningsproces kwaliteit, is onder 1. opgenomen dat voor de beoordelingsfase het gunningscriterium kwaliteit uit meerdere subgunningscriteria met bijbehorende wegingsfactoren bestaat. Expliciet is weergegeven dat een van die criteria de presentatie betreft, die voor 8% meeweegt in de totale puntentelling van het gunningscriterium kwaliteit en waarvoor maximaal 64 punten kunnen worden behaald. Onder 2.10. van diezelfde bijlage is weergegeven dat de presentatie wordt beoordeeld op de inhoudelijke toelichting op de genoemde onderwerpen en dat de eindscore voor het onderdeel presentatie tot stand komt door het maximum aantal gewogen 64 punten (8% weging x 800) te delen door het maximum van 100 te behalen punten voor het subgunningscriterium 'presentatie'.

In het beschrijvend document wordt in paragraaf 3.2.19 als knock-out eis geformuleerd dat de beantwoording van de individuele subgunningscriteria (en daarmee dus onder meer de presentatie) separaat, per vraag (stand alone) moet geschieden en dat niet mag worden verwezen naar (delen uit) antwoorden op andere vragen. In paragraaf 3.4 is bepaald dat de beantwoording van de vragen (die zien op gunningscriteria) separaat, per vraag (stand alone) dient plaats te vinden en dat voor het antwoord op de ene vraag niet mag worden verwezen naar (delen uit) het antwoord op andere vragen. Verder is in paragraaf 3.4.13 van het beschrijvend document opgenomen dat de presentatie als subgunningscriterium meetelt in de totale beoordeling. Tot slot is op pagina 3, paragraaf 1 van bijlage C-010 Presentatie bij het beschrijvend document bepaald dat de presentatie wordt beoordeeld op basis van de mate van vertrouwen die de provincie door de inhoudelijke toelichting op de in die paragraaf genoemde onderwerpen krijgt dat wordt voldaan aan de in diezelfde paragraaf genoemde verwachtingen. Dit alles in onderling verband en samenhang bezien maakt dat een normaal oplettende inschrijver uit de aanbestedingsdocumenten kon afleiden dat de presentatie een zelfstandig subgunningscriterium was en dat die presentatie afzonderlijk werd beoordeeld.

4.11. KPN heeft voorts nog gesteld dat een subjectieve beoordeling van haar presentatie heeft plaatsgevonden en dat aan haar te weinig punten zijn toegekend, althans dat zij op onverklaarbare

wijze significant lager (slechts 25 punten) heeft gescoord op het onderdeel presentatie dan op de andere onderdelen (waarop zij steeds minimaal 50 punten heeft gescoord). Volgens KPN heeft zij, zoals was vereist in paragraaf 1. onder (i) en (ii) van bijlage C-010 Presentatie, op een duidelijke en overtuigende wijze haar inhoudelijke visie en/of aanpak op de diverse onderwerpen geschetst en daarbij de eigenheid en professionaliteit van de organisatie, best practices, kennis en ervaring van de inschrijving aangetoond, terwijl de provincie achteraf nieuwe, onbekende redenen heeft geïntroduceerd die van een andere visie getuigen. De provincie heeft hiermee een ondoorzichtige en subjectieve norm aangelegd die als onrechtmatig dient te worden aangemerkt.

4.12. Zoals hiervoor reeds is geoordeeld staat de beoordeling van de presentatie los van de beoordeling van de andere subgunningscriteria. Het stond de provincie vrij om hieraan een andere waardering te geven dan aan de andere onderdelen van de inschrijving. Daarnaast geldt dat enige mate van subjectiviteit inherent is aan de beoordeling van een kwalitatief subgunningscriterium als 'presentatie', zoals hier aan de orde. Weliswaar staat dat enigszins op gespannen voet met de objectieve beoordelingssystematiek van het aanbestedingsrecht en de daarop toepasselijke beginselen van transparantie en gelijke behandeling, maar het behoeft als zodanig nog niet met zich te brengen dat ook daadwerkelijk sprake is van strijd met dat recht en/of die beginselen. Van belang is dat i) het voor een potentiële inschrijver volstrekt duidelijk is wat er van hem wordt verwacht, (ii) de inschrijvingen aan de hand van een zo objectief mogelijk systeem worden beoordeeld en (iii) de gunningsbeslissing zodanig inzichtelijk wordt gemotiveerd dat het voor een afgewezen inschrijver mogelijk is om de wijze waarop de beoordeling heeft plaatsgevonden te toetsen. Voor het overige komt aan de voorzieningenrechter slechts een marginale toetsingsvrijheid toe wanneer het aankomt op de beoordeling van een kwalitatief criterium.

4.13. De provincie heeft ter zitting toegelicht dat iedere inschrijver een mondelinge presentatie moest geven van maximaal 120 minuten voor een beoordelingscommissie van zes personen/deskundigen, waaronder de heer [betrokkene], programmamanager sourcing en verantwoordelijke voor de onderhavige aanbesteding. Gedurende twee dagen zijn de vier presentaties (dus twee per dag)

gehouden, waarbij de beoordelaars enkel vragen ter verduidelijking mochten stellen. Na afloop van iedere presentatie hebben telkens dezelfde beoordelaars individueel en onafhankelijk van elkaar de betreffende presentatie beoordeeld. De beoordeling van die beoordelaars kwam steeds voor een groot deel overeen, zo bleek achteraf bij de plenaire bespreking/eindbeoordeling. In het geval van KPN bleek dat vier van de zes beoordelaars de presentatie met een onvoldoende hadden beoordeeld.

Aan de aangewezen, deskundige beoordelingscommissie moet dienaangaande de nodige vrijheid worden gegund, te meer nu van de rechter niet kan worden verlangd dat hij specifieke deskundigheid bezit op het gebied van het onderwerp van de opdracht. De rechter dient zich bij zijn toetsing terughoudend op te stellen en slechts wanneer sprake is van klaarblijkelijke procedurele dan wel inhoudelijke onjuistheden en/of onduidelijkheden, die zouden kunnen meebrengen dat de beoordeling niet deugt, is plaats voor ingrijpen. De door KPN voorgestane 'volle toetsing' van de beoordeling van haar presentatie ontbeert in het licht van het voorgaande een wettelijke en/of jurisprudentiële basis en kan dan ook in deze procedure niet worden aangelegd. Een dergelijke 'volle toetsing' leidt er ook toe dat vertrouwelijke en concurrentiegevoelige informatie van de (andere) inschrijvers openbaar moet worden gemaakt, hetgeen de rechtmatige commerciële belangen van de ondernemingen kan schaden en/of afbreuk kan doen aan de eerlijke mededinging.

4.14. KPN heeft nog betoogd dat zij alle gevraagde onderwerpen, zoals is vereist in paragraaf 1. onder (i) en (ii) van bijlage C-010 Presentatie, tijdens de presentatie inzichtelijk heeft gemaakt. Overwogen wordt dat dit zo kan zijn, maar nog niet betekent dat aangenomen kan worden KPN dit ook op een juiste wijze heeft gedaan, althans op een wijze die zodanig professioneel is én aansluit bij de visie van de provincie, dat de provincie hierdoor het verlangde vertrouwen heeft in een samenwerking met KPN. In de diverse aanbestedingsdocumenten heeft de provincie immers steeds aangegeven dat zij de presentatie inhoudelijk zal beoordelen en in bijlage C-010 is expliciet als beoordelingsnorm opgenomen dat de presentatie wordt beoordeeld op basis van de mate van vertrouwen die de provincie door de inhoudelijke toelichting van de onder a. t/m f. genoemde onderwerpen krijgt, dat wordt voldaan aan de onder (i) en (ii) genoemde

verwachtingen. Weliswaar is dit een enigszins subjectief gunningscriterium, maar de provincie heeft te dien aanzien reeds voldoende duidelijk gemaakt (en in de aanbestedingsdocumenten omschreven) hoe de beoordeling van dat subgunningscriterium zou plaatsvinden en ook heeft plaatsgevonden, zodat vooralsnog niet kan worden geoordeeld dat met betrekking tot het subgunningscriterium 'presentatie' sprake is (geweest) van favoritisme en/of willekeur. Tot slot heeft de provincie de voorlopige gunningsbeslissing voldoende inzichtelijk gemotiveerd. In een ruim veertig pagina's tellend document heeft de provincie uitgebreid weergegeven waarom de inschrijving van KPN de bijbehorende beoordeling heeft gekregen. Hieruit is voldoende duidelijk geworden dat partijen kennelijk een andere visie hebben op relevante onderdelen van de onderhavige aanbesteding, hetgeen maakt dat de provincie onvoldoende vertrouwen heeft in een samenwerking met KPN voor dit omvangrijke project. Geconcludeerd kan dan ook worden dat KPN onvoldoende heeft gesteld om in rechte met succes het oordeel van de beoordelingscommissie te kunnen aantasten.

4.15. Dit alles leidt tot de slotsom dat er geen grond bestaat voor toewijzing van de vorderingen van KPN.

4.16. KPN zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van de provincie en OGD worden ieder afzonderlijk begroot op:

- griffierecht € 618,00
- salaris advocaat 816,00

Totaal € 1.434,00

4.17. De gevorderde veroordeling in de nakosten is in het kader van deze procedure slechts toewijsbaar voor zover deze kosten op dit moment reeds kunnen worden begroot. De nakosten zullen dan ook worden toegewezen op de wijze zoals in de beslissing vermeld.

5 De beslissing

De voorzieningenrechter

in het incident tot tussenkomst van OGD

5.1. laat OGD toe als tussenkomende partij in het kort geding van KPN tegen de provincie,

5.2. veroordeelt KPN en de provincie in de proceskosten in het incident tot tussenkomst, aan de zijde van OGD tot op heden begroot op nihil,
in de hoofdzaak

5.3. wijst de vorderingen van KPN ten aanzien van de provincie af,

5.4. verstaat het bepaalde onder 5.3. als toewijzing van de vorderingen sub 1. t/m 3. van OGD, en veroordeelt de provincie om, voor zover zij de opdracht nog steeds wenst te gunnen, deze definitief aan OGD te gunnen, en gebiedt KPN te gehengen en gedogen dat de provincie, voor zover zij de opdracht nog steeds wenst te gunnen, deze definitief aan OGD wordt gegund,

5.5. veroordeelt KPN in de proceskosten, aan de zijde van de provincie tot op heden begroot op € 1.434,00, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW over dit bedrag met ingang van de vijftiende dag na betekening van dit vonnis tot de dag van volledige betaling,

5.6. veroordeelt KPN in de proceskosten, aan de zijde van OGD tot op heden begroot op € 1.434,00, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW over dit bedrag met ingang van de vijftiende dag na betekening van dit vonnis tot de dag van volledige betaling,

5.7. veroordeelt KPN in de na dit vonnis bij de provincie ontstane kosten, begroot op € 131,00 aan salaris advocaat, te vermeerderen, onder de voorwaarde dat KPN niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan het vonnis heeft voldaan en er vervolgens betekening van de uitspraak heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 68,00 aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van de uitspraak,

5.8. veroordeelt KPN in de na dit vonnis bij OGD ontstane kosten, begroot op € 131,00 aan salaris advocaat, te vermeerderen, onder de voorwaarde dat KPN niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan het vonnis heeft voldaan en er vervolgens betekening van de uitspraak heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 68,00 aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van de uitspraak, en te vermeerderen met de wettelijke rente over de nakosten met ingang van de veertiende dag na de betekening van dit vonnis tot aan de voldoening,

5.9. verklaart dit vonnis wat betreft de veroordelingen onder 5.4. t/m 5.8. uitvoerbaar bij voorraad,

5.10. wijst het meer of anders gevorderde af.

NOOT

Presentatie als zelfstandig subgunningscriterium

Een presentatie kan worden gebruikt als een middel om de inschrijving toe te lichten of als zelfstandig subgunningscriterium. Deze zaak (en deze noot) gaat over het gebruik van een presentatie als zelfstandig subgunningscriterium.

Overlap presentatie en rest inschrijving

In bovenstaande zaak kwam het verband tussen de presentatie en de overige onderdelen van de inschrijving aan de orde. Als de presentatie volstrekt op zichzelf staat,¹ denk aan de behandeling van een casus, is dat verband vanuit aanbestedingsrechtelijk oogpunt niet erg spannend.² De beoordelingscommissie kent punten toe voor alle onderdelen van de inschrijving, dus ook voor de wijze waarop een casus is behandeld. Het kan zijn dat een inschrijver een 9 krijgt voor zijn plan van aanpak en toch een 6 krijgt voor de behandeling van een casus.

Daarin zit geen inherente spanning en het beoordelen van de behandeling van een casus lijkt in beginsel aanbestedingsrechtelijk toelaatbaar.

- 1 Zie bijvoorbeeld: Gerecht van Eerste Aanleg 2 maart 2010, T-70/05, r.o. 134 e.v., Vzr. Rb. Zutphen 17 november 2009, ECLI:NL:RBZUT:2009:BK6870, r.o. 4.3 e.v., Vzr. Rb. Middelburg 13 februari 2009, ECLI:NL:RBMID:2009:BJ1373, Vzr. Rb. Rotterdam 26 maart 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW5773 (ad d) en Vzr. Rb. 's-Gravenhage 19 juli 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BR2483. In deze voorbeelden werd de beoordeling van een (op zichzelf staande) presentatie toelaatbaar geacht.
- 2 Uiteraard moet de transparantie en objectiviteit van de beoordeling van een presentatie wel voldoende zijn geborgd. Zie bijvoorbeeld: CvAE 17 juni 2016, advies 358. De Commissie overweegt dat enige mate van subjectiviteit is toegestaan, maar acht het risico van willekeur en favoritisme te groot bij toepassing van een subgunningscriterium waarbij de 'klik' tussen beoordelaars en inschrijver wordt beoordeeld. Ook het niet of onvoldoende uitwerken van het beoordelingskader kan meebrengen dat toepassing van het criterium 'visie' ontoelaatbaar is, zie: Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant 9 oktober 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:7760, «JAAN» 2013/215 m.nt. I.A. van Riel.

Die spanning is er wel als de presentatie als zelfstandig subgunningscriterium wordt gebruikt en de inschrijving en de presentatie een overlap kennen in te behandelen onderwerpen.³ Als aan de inschrijving voor een bepaald onderwerp een ander cijfer wordt toegekend dan aan de presentatie, ontstaat de vraag hoe het verschil kan worden verklaard. Het gaat immers over dezelfde te leveren prestatie. Of de aanbestedende dienst schriftelijk of mondeling kennis neemt van de te leveren prestatie, zou voor de beoordeling geen verschil moeten maken. Als een inschrijver, bijvoorbeeld, bepaalde risico's in een project signaleert en maatregelen voorstelt ter beperking daarvan, zou de inhoudelijke beoordeling van die risico's en maatregelen niet moeten worden beïnvloed door de omstandigheid dat de risico's zijn weergegeven in een word-document of in een power point-presentatie; het zijn dezelfde risico's en maatregelen.

In bovenstaande zaak heeft de aanbestedende dienst ervoor gekozen een presentatie als zelfstandig subgunningscriterium te hanteren, waarbij – naar het zich laat aanzien – een overlap bestaat tussen de te behandelen onderwerpen in de presentatie en in de overige onderdelen van de inschrijving.

Alvorens ik inga op de toelaatbaarheid van het hier gehanteerde 'presentatiecriterium', plaats ik een kanttekening bij de wijze waarop punten werden toegekend volgens de beoordelingstabel.

Beoordelingstabel

Puntentoekenning vond plaats aan de hand van een 'kwalitatieve waardering'. Bij die kwalitatieve waardering speelde een rol in hoeverre de inschrijver de door de provincie benoemde onderwerpen inzichtelijk had gemaakt, waardoor de provincie een mening vormde over de visie en professionaliteit van de inschrijver en vertrouwen krijgt in de beoogde samenwerking. De toevoeging dat de provincie door de inzichtelijkheid een mening vormt over de visie en professionaliteit van de inschrijver en vertrouwen krijgt in de samenwerking, is nodeloos verwarrend. De tekst van de beoordelingstabel wekt de indruk dat het begrip 'inzichtelijkheid', bovenschikkend is aan de begrippen 'visie', 'professionaliteit' of 'vertrouwen'. Stel dat vaststaat dat een inschrijver de benoemde onderwerpen goed inzichtelijk heeft gemaakt, maar de provincie om andere redenen geen vertrouwen heeft in de samenwerking, dan loert het gevaar dat het gebrek aan vertrouwen toch de puntentoekenning zal beïnvloeden. Die beïnvloeding is niet toegeestaan als het inzichtelijk maken van een onderwerp bovenschikkend is. Enkel door het inzichtelijk maken van onderwerpen vormt de provincie haar mening; beter inzicht moet automatisch leiden tot meer vertrouwen in de samenwerking. De toevoeging had daarom beter niet kunnen worden opgenomen.

Ook onhelder is het ineens punten toekennen voor alle benoemde onderwerpen gezamenlijk: de tabel met puntentoekenning laat geen ruimte voor de mogelijkheid dat een inschrijver, bijvoorbeeld, vier van de zes onderwerpen zeer inzichtelijk maakt en twee van de zes geheel niet inzichtelijk maakt. Er moet een score 'over de hele linie' uitkomen. Daarmee is op voorhand duidelijk dat de puntentoekenning een (niet nader beschreven) middeling zal zijn van de werkelijke beoordeling. De beoordelingstabel had eenvoudiger en juister gekund: de beoordelingscommissie had kunnen scoren in hoeverre de inschrijver

3 Zie bijvoorbeeld: Vzr. Rb. Arnhem 19 november 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BO5264, r.o. 4.5. In die zaak moest in de presentatie een toelichting worden gegeven op de offerte, aanpak en werkzaamheden, maar werd de presentatie beoordeeld als zelfstandig gunningscriterium. De voorzieningenrechter oordeelde dat een door inschrijvers te houden presentatie niet geschikt is als zelfstandig gunningscriterium. In gelijke zin: Vzr. Rb. Maastricht 24 augustus 2009, ECLI:NL:RBMAA:2009:BJ7650, r.o. 3.3 e.v. In die zaak was de beoordelingssystematiek voor het subcriterium Plan van Aanpak gelijk aan de beoordelingssystematiek voor het subcriterium Presentatie en kwam de voorzieningenrechter, mede op andere gronden, tot de conclusie dat de systematiek niet helder was.

ieder onderwerp inzichtelijk had gemaakt. Dat lijkt een minder verwarrende beschrijving van de beoogde puntentoekeningssystematiek.

Toets voorzieningenrechter te beperkt

De voorzieningenrechter bespreekt de beoordelingstabel niet en gaat beperkt in op het hier gehanteerde 'presentatiecriterium'. In rechtsoverweging 4.8 van bovenstaande uitspraak overweegt de voorzieningenrechter dat het niet in strijd is met de Aanbestedingswet 2012 en/of geldende jurisprudentie om een presentatie te laten meewegen bij de beoordeling van de inschrijving, maar eerder juist vrij gebruikelijk is. In algemene zin is dat mogelijk een juiste overweging, maar die overweging doet geen recht aan de door eiseres in dit kort geding betrokken stelling. KPN klaagde in deze zaak niet zozeer over het laten meewegen van een presentatie bij de beoordeling van de inschrijving, maar over het gebruik van een presentatie als zelfstandig subgunningscriterium.

Het hier gehanteerde presentatiecriterium doet denken aan een door het Gerechtshof Den Haag in 2015 ontoelaatbaar geacht 'interviewcriterium'.⁴ Het had voor de hand gelegen dat de voorzieningenrechter in deze zaak acht zou hebben geslagen op dezelfde aspecten als het hof. Het hof sloeg acht op drie aspecten: (i) transparantiebeginsel, (ii) wegingsfactor en (iii) voldoende verband met het voorwerp van de opdracht.⁵

In de Haagse zaak ging het om een criterium waarvoor sleutelfiguren werden geïnterviewd en punten werden toegekend voor de overtuigingskracht van de sleutelfiguur. Het hof oordeelde dat de vraag of een geïnterviewde medewer-

ker 'overtuigt' onbepaald is en een inschrijver daarmee niet voldoende duidelijk is waaraan hij moet voldoen.

De provincie hanteerde in deze zaak als criterium dat sleutelfunctionarissen op overtuigende wijze hun inhoudelijke visie moeten kunnen schetsen. In het licht van de gelijkenis tussen het ontoelaatbaar geachte 'interview-criterium' uit 2015 is rechtsoverweging 4.8 van deze uitspraak onbevredigend: de voorzieningenrechter verschaft onvoldoende inzicht in het ogenschijnlijke verschil in opvatting tussen Rechtbank Gelderland en Hof Den Haag.

In rechtsoverwegingen 4.5 en 4.6 geeft de voorzieningenrechter zich wel rekenschap van de vaste jurisprudentie op basis van het transparantiebeginsel maar van een toetsing aan het transparantiebeginsel lijkt geen sprake. Dat sleutelfunctionarissen op overtuigende wijze hun inhoudelijke visie moeten kunnen schetsen, lijkt in ieder geval evenzeer onbepaald als een puntentoekening op basis van overtuigendheid. Bij toetsing aan het transparantiebeginsel zou het presentatiecriterium uit deze zaak mogelijk moeten sneuvelen. Zou het criterium niet zijn gesneuveld op grond van het transparantiebeginsel, dan had de voorzieningenrechter verder moeten onderzoeken of het criterium wel voldoende verband hield met het voorwerp van de opdracht. Ook dat heeft de voorzieningenrechter nagelaten. Dat laat onverlet dat de uitkomst, op grond van rechtsverwerking, hetzelfde had kunnen zijn.

Conclusie en enkele vuistregels voor de praktijk

Indien een presentatie wordt gebruikt als zelfstandig subgunningscriterium, moeten aanbestedende diensten ervoor waken dat de te behandelen onderwerpen in de presentatie niet hetzelfde zijn als de onderwerpen die in de overige onderdelen van de inschrijving worden behandeld. Bestaat die overlap wel, dan is een verschil in puntentoekening eigenlijk niet verklaarbaar.

De voorzieningenrechter lijkt het hier gehanteerde criterium niet te hebben getoetst aan het transparantiebeginsel en evenmin te hebben onderzocht of het criterium voldoende verband houdt met het voorwerp van de opdracht. Dat had wel gemeeten. De uitkomst van deze zaak

4 Gerechtshof 's-Gravenhage 17 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:413, «JAAN» 2015/94 m.nt. K.H.M. van der Woerd.

5 Zoals Van der Woerd in haar heldere noot beschrijft, lijkt de toepassing van dit tweede aspect (wegingsfactor) niet zuiver: een gunningscriterium is immers ófwel onvoldoende transparant en daardoor in strijd met het aanbestedingsrecht ófwel voldoende geobjectiveerd en daardoor toelaatbaar. De wegingsfactor van het criterium zou daarbij geen rol moeten spelen.

was wellicht gelijk gebleven, maar aan de hand van die toets was mogelijk wel duidelijk geworden dat het hier gehanteerde 'presentatiecriterium' te onbepaald en daarmee niet toelaatbaar is.

M.C. Pinto,
advocaat bij //DVLV advocaten

159

Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag
4 april 2017, nr. C-09-526434-KG ZA 17-161,
ECLI:NL:RBDHA:2017:5033
(mr. Groeneveld-Stubbe)

Concurrentiegerichte dialoog. Selectie. Beoordeling geschiktheidseisen. Beoordeling referentieprojecten. Gelijkheidsbeginsel. Herstelmogelijkheid.

[Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied par. 2.2.2.1]

Defense Material Organisation (hierna: DMO), een onderdeel van het ministerie van Defensie, heeft een Europese aanbesteding uitgeschreven. Het onderwerp van de aanbesteding is de verwerving van en het onderhoud aan (on)geconditioneerde containers en bijbehorende subsystemen, waaronder verwarming, ventilatie, airconditioning, luchtontvochtigers, luchtbevochtigers, dieselmotoren en generatoren. In de voorbereidende fase voor de uiteindelijke aanbesteding heeft DMO diverse malen om informatie verzocht vanuit de markt. Ook Bayards Aluminium Constructies B.V. en Contour Advanced Systems B.V. (hierna: het Consortium) hebben informatie verschaft.

Op de aanbesteding is de Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied van toepassing. DMO heeft gekozen voor een concurrentiegerichte dialoog als bedoeld in paragraaf 2.2.2.1 van die wet. De aanbestedingsprocedure is opgedeeld in drie fases: 1) de selectiefase, 2) de dialoofase en 3) de gunningsfase.

Op de selectiefase zijn de Procurement Guidelines for the Selection Stage van 26 oktober 2016 van toepassing (hierna: het Selectiedocument).

Partijen twisten over het antwoord op de vraag of de inschrijving van het Consortium terecht van verdere deelname aan de aanbesteding is uitgeslo-

ten. Het geschil spitst zich toe op de beoordeling van de inschrijving voor wat betreft de geschiktheidseisen.

Referentieproject 1

Blijkens de brief van 17 januari 2017 is de inschrijving van het Consortium onder meer uitgesloten omdat die naar het oordeel van DMO niet voldoet aan de vereisten die worden gesteld aan referentieproject 1. Volgens DMO heeft het Consortium geen 'clear impression' van referentieproject 1 gegeven.

Voor de beoordeling van dit geschilpunt is allereerst van belang dat de aanbestedende dienst enkel informatie uit de inschrijvingen mag beoordelen en niet ook informatie waarover hij beschikt omdat hij al eerder zaken heeft gedaan met de inschrijver of omdat die informatie in de voorfase van de aanbesteding is besproken. Het meewegen van informatie die niet uit de inschrijving blijkt, is in strijd met het gelijkheidsbeginsel. Dit gelijkheidsbeginsel geldt niet enkel bij reguliere aanbestedingsprocedures, maar evenzeer bij een concurrentiegerichte dialoog. Daarbij komt dat DMO bij de beantwoording van een vraag in de Nota van Inlichtingen nog expliciet heeft opgenomen dat zij niet zelf historische gegevens zal gaan verzamelen ten behoeve van inschrijvers. De stelling van het Consortium dat DMO bekend is met het project, kan dan ook niet slagen.

Het Consortium heeft de vraag of het referentieproject bestaat uit geconditioneerde militaire containers in zijn inschrijving slechts beantwoord met 'Yes'. Volgens het Selectiedocument is dat onvoldoende. Daarin wordt immers gevraagd 'Provide details' en 'Accompany all explanations with supporting visual aids'. Bij de vraag of de containers van het referentieproject zijn getest en geïnspecteerd, zijn identieke aanwijzingen gegeven voor de beantwoording. Ook deze vraag heeft het Consortium eenvoudigweg bevestigend beantwoord. Het Consortium heeft daarbij weliswaar genoemd dat het testen en inspecteren van de containers van zijn referentieproject onder toezicht van DMO zelf is gebeurd, maar dat kan niet tot de conclusie leiden dat het voldoende informatie heeft verschaft. DMO mocht informatie waarover zij buiten de inschrijving om beschikt immers niet meenemen bij de beoordeling.

Volgens het Consortium voldoet zijn beantwoording aan het systeem van de aanbesteding, aangezien DMO ervoor heeft gekozen om inschrijvers eerst een formulier te laten aanleveren met zeer beperkte informatie en die informatie pas in een latere fase te verifiëren. Dat standpunt slaagt niet.

Het is juist dat in het Selectiedocument staat vermeld dat aparte bijlagen en brochures niet bij de beoordeling zullen worden betrokken. Dat laat echter onverlet dat de antwoorden over referentieproject 1 in de in te vullen tabel niet alleen konden, maar ook moesten worden toegelicht. Dat het Consortium gehouden was die toelichting te geven, volgt niet alleen uit de aanwijzingen in de tabel zelf, maar ook uit het Selectiedocument waarin wordt gevraagd om 'sufficiently detailed explanations' van de referentieprojecten.

Voor zover het Consortium zich op het standpunt stelt dat het niet van toegevoegde waarde was om zijn antwoorden verder toe te lichten, geldt dat van de juistheid van de eisen moet worden uitgegaan. Het Consortium heeft hier ook nooit eerder over geklaagd. Door zonder meer een inschrijving in te dienen heeft het Consortium zich aan de eisen van deze aanbesteding geconformeerd.

Voorts staat in het Selectiedocument met betrekking tot referentieproject 1 als eis vermeld "The date of signature of the production and delivery agreement is \geq 01-01-2005". De stelling van het Consortium dat uit het Selectiedocument niet blijkt dat DMO de exacte datum van de overeenkomst wil weten, kan niet worden gevolgd. Vaststaat dat de inschrijving van het Consortium de gevraagde datum niet bevat.

Herstelmogelijkheid

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de inschrijving van het Consortium niet voldoet aan de geschiktheidseisen voor referentieproject 1. Het Consortium heeft nog betoogd dat DMO hem in staat had moeten stellen om deze omissies te herstellen. Dat betoog slaagt niet. Algemeen uitgangspunt is dat een inschrijver verantwoordelijk is voor de volledigheid van zijn inschrijving en dat de aanbestedende dienst bij de beoordeling van de inschrijving moet uitgaan van de inschrijving zoals die bij het sluiten van de inschrijvingstermijn is ontvangen. De beginselen van gelijke behandeling en transparantie verzetten zich in beginsel tegen de mogelijkheid dat een inschrijver zijn inschrijving nadien nog wijzigt of aanvult.

Aangezien het Consortium bij meerdere vragen heeft nagelaten de gevraagde gedetailleerde uitleg te verschaffen, is de voorzieningenrechter van oordeel dat geen sprake is van een eenvoudige precisering, zodat DMO niet gehouden was het Consortium in de gelegenheid te stellen de inschrijving op dit punt aan te passen. Voorts volgt uit paragraaf 6.2 van het Selectiedocument dat de

ongeldigheidssanctie op de gebreken is gesteld. Een en ander maakt dat geen grond bestaat voor toewijzing van de vordering van het Consortium. De voorzieningenrechter overweegt ten overvloede dat de inschrijving van het Consortium ook voor wat betreft referentieproject 2 niet voldoet aan de gestelde eisen.

Conclusie

De vordering van het Consortium zal dan ook worden afgewezen.

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Bayards Aluminium Constructies B.V.,
statutair gevestigd te Nieuw-Lekkerland,

2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Contour Advanced Systems B.V.,
statutair gevestigd te Winterswijk,

eiseressen,

advocaat mr. M.C. Schepel te Den Haag,

tegen:

de Staat der Nederlanden (het ministerie van Defensie),

zetelend te Den Haag,

gedaagde,

advocaat mr. D. Wolters Rückert te Den Haag.

De volledige uitspraak is te raadplegen op opmaat.sdu.nl.

160

Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam
6 april 2017, nr. C/10/521302/KG ZA 17-177,
ECLI:NL:RBROT:2017:2607
(mr. De Bruin)
Zie openingsnoot S.W. Haket LLM

Voeging. Tussenkost. Combinatie. Mededingingsrecht. Misbruik van economische machtspositie. Abnormaal lage inschrijving. (On-)geldigheid inschrijving.

[Mw art. 24 lid 1]

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 9 februari 2017 aan EcoLoss Project B.V. (hierna: EcoLoss) medegedeeld dat EcoLoss, op basis van de weging van de inschrijfsom en de beschrijving van de drie casus (met 30 punten voor EcoLoss), als derde was geëindigd en dat het voornemen bestond om de opdracht te gunnen aan [bedrijf2]

Tussenkost/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 tussenkost/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.

Mededingingsrecht

De stelling van EcoLoss dat zij uit de markt wordt gedrukt door de lage inschrijfprijs van de Combinatie is een kwestie die veeleer betrekking heeft op het mededingingsrecht dan op het aanbestedingsrecht. De voorzieningenrechter begrijpt dat EcoLoss zich in dit verband niet beroept op kartel-

afspraken, zodat de stellingen van EcoLoss zo begrepen dienen te worden dat EcoLoss zich beroept op misbruik van een economische machtspositie. EcoLoss stelt echter niets, en dus ook niets relevant, dat erop zou kunnen wijzen dat de Combinatie op de relevante markt een economische machtspositie inneemt (ex art. 24 lid 1 Mededingingswet). EcoLoss stelt overigens ook niet wat de relevante markt in dit geval is.

MVO/Social return

De beroepen van EcoLoss op de bepalingen in het Beschrijvend Document omtrent maatschappelijk verantwoord ondernemen en social return kunnen haar niet baten, nu niet valt in te zien welke op de gemeente Rotterdam rustende verbintenis in dit verband zou worden geschonden, respectievelijk dat de gemeente Rotterdam niet zou hebben getoetst overeenkomstig het bepaalde in het Beschrijvend Document.

Abnormaal lage inschrijving

Indien sprake zou zijn van een abnormaal lage inschrijving, wat, gelet op het gemotiveerde verweer van de Combinatie op dit onderdeel, niet zonder meer kan worden aangenomen, heeft het volgende te gelden. Een aanbesteder heeft in beginsel niet de verplichting, maar slechts een bevoegdheid om een inschrijving met een abnormaal lage prijs uit te sluiten. Dit volgt uit voormelde wetstekst en uit bestendige jurisprudentie. Afgezien hiervan is de regeling over abnormaal lage inschrijvingen geschreven ten gunste van de aanbesteder en kunnen (andere) inschrijvers, als EcoLoss, hieraan geen rechten ontfen.

De vorderingen van EcoLoss dienen dan ook afgevoerd te worden. Niet valt in te zien waarom de gemeente Rotterdam zou kunnen worden gedwongen een - gesteld - abnormaal lage inschrijving ongeldig te verklaren en evenmin valt in te zien waarom EcoLoss zich zou mogen beroepen op de regeling van de abnormaal lage inschrijving.

Beslissing

De voorzieningenrechter wijst de vorderingen af.

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

*ECOLOSS PROJECT B.V.,
gevestigd te Rotterdam,
eiseres,*

advocaat mr. F.L. van der Eerden 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

*STRUKTON MILIEUTECHNIEK B.V.,
gevestigd te Utrecht,*

advocaat mr. C.G. van Blaaderen te Rotterdam,
en

4+5. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[bedrijf 1]

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 EcoLoss, de gemeente Rotterdam, Strukton en de Combinatie genoemd worden. De twee vennootschappen die onderdeel uitmaken van de Combinatie zullen separaat [bedrijf 1] en [bedrijf2] genoemd worden.

1 De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding
- de overgelegde producties
- de incidentele conclusie van Strukton tot tussenkomst
- de akte houdende aanvulling van eis, van Strukton
- de incidentele conclusie van de Combinatie tot tussenkomst, subsidiair voeging
- de mondelinge behandeling (gelijktijdig met de procedure C/10/520509 KG ZA 17-125, waarin Strukton eiseres is, de gemeente Rotterdam gedaagde en EcoLoss en de Combinatie interveniërende partijen zijn)
- de pleitnota van EcoLoss

- de pleitnota van de gemeente Rotterdam
 - de pleitnota van Strukton
 - de pleitnota van de Combinatie.
- 1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2 De feiten

2.1. 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 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 drempel van minimaal 24 punten in totaal (de vastgestelde kwaliteitsdrempel). Een inschrijving met minder dan 24 punten wordt uitgesloten. De inschrijver die de kwaliteitsdrempel haalt en de laagste fictieve inschrijvingsom heeft (het laagste acceptabele bod) komt voor gunning in aanmerking.

2.4. In het Beschrijvend Document staat voorts onder meer:

“2.1.2 Maatschappelijke waarde

De Aanbestedende Dienst streeft bij het gunnen van opdrachten naar het realiseren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde door het hanteren van het criterium Economisch Meest Voordelige Inschrijving (EMVI) en daarmee het nastreven van een zo goed mogelijke prijs-kwaliteitverhouding.”

[...]

“5.5.1 Social Return

De Aanbestedende Dienst hecht waarde aan maatschappelijk verantwoord ondernemen. In dat kader is Social Return onderdeel van het duurzame inkoopbeleid en wordt door de Aanbestedende Dienst een social return verplichting aan de opdrachtnemer opgelegd met als doel een economisch en sociaal gezondere regio te krijgen. Voor de Raamovereenkomst, zoals omschreven in het Beschrijvend Document, dient iedere 6 maanden van de contractperiode ten minste 5% van de omzet exclusief btw ingezet te worden ten behoeve van Sociale Return [...]"

2.5. EcoLoss heeft ingeschreven op deze aanbesteding.

2.6. Volgens een proces-verbaal van opening van de inschrijvingen, waarin staat dat het slechts de ingekomen inschrijvingen registreert, gedateerd 26 september 2016, zijn er vier inschrijvingen gedaan en is met de volgende prijzen ingeschreven (exclusief BTW):

- EcoLoss € 169.100,-
- Strukton € 123.000,-
- [bedrijf2] € 73.400,-
- [bedrijf3] € 352.500,-

2.7. De gemeente Rotterdam heeft bij brief van 21 december 2016 aan EcoLoss bericht dat de inschrijving van EcoLoss als tweede uit de bus was gekomen en dat zij voornemens was de opdracht te gunnen aan Strukton. EcoLoss kon zich in dit voornemen niet vinden en heeft aangekondigd hierover een kort geding procedure te zullen aanspannen. Die kort gedingprocedure is ingetrokken vanwege de na te melden brief van de gemeente Rotterdam van 20 januari 2017.

2.8. De gemeente Rotterdam heeft bij brief van 20 januari 2017 aan EcoLoss medegedeeld, samen-gevat:

- 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.

2.9. De gemeente Rotterdam heeft bij brief van 9 februari 2017 aan EcoLoss medegedeeld dat EcoLoss, op basis van de weging van de inschrijfsom en de beschrijving van de drie casus (met 30

punten voor EcoLoss), als derde was geëindigd en dat het voornemen bestond om de opdracht te gunnen aan [bedrijf2].

3 Het geschil

3.1. EcoLoss vordert bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, de gemeente Rotterdam te veroordelen zich te onthouden van de gunning van het werk aan [bedrijf2] totdat een nader onderzoek is ingesteld en positief is afgerond met betrekking tot vraag of, mede gezien de beginselen van maatschappelijk verantwoord ondernemen, [bedrijf2] inderdaad het laagst acceptabele bod heeft ingediend, dit alles met veroordeling van de gemeente Rotterdam in de kosten van de procedure.

EcoLoss stelt daartoe het volgende.

3.2. [bedrijf2] heeft, net als Strukton, een abnormaal lage inschrijving ingediend. [bedrijf2] is 100% goedkoper dan EcoLoss en Strukton is 37% goedkoper dan EcoLoss. Voor deze tarieven kan het werk niet (deugdelijk) worden uitgevoerd, zeker niet nu het om 24/7 uurdiensten gaat en EcoLoss zelf al scherp geoffreerd had. Op de bestrijding van milieu-incidenten dient goed gekwalificeerd personeel te worden ingezet en dat kost wat. [bedrijf2] is kennelijk voornemens het werk door onvoldoende gekwalificeerd personeel te laten verrichten, dan wel schrijft [bedrijf2] bewust in op verliesbasis, wat, naar EcoLoss erkent, uiteraard aan [bedrijf2] zelf is, zodat EcoLoss in die kwestie niet zal treden. Van de gemeente Rotterdam mag echter verwacht worden dat zij een andere invulling geeft aan de maatschappelijke waarde en het duurzame inkoopbeleid dat zij volgens het Beschrijvend Document zegt na te streven. De gemeente Rotterdam had nader onderzoek moeten verrichten naar de (on)mogelijkheid of het werk kan worden uitgevoerd tegen de door [bedrijf2] en Strukton geoffreerde prijzen. Mogelijk wordt gepoogd om EcoLoss, dat zich volledig heeft gespecialiseerd in uitvoering van werkzaamheden als de onderhavige, uit de markt te stoten. Dit verhoudt zich niet met de mission statements van de gemeente Rotterdam met betrekking tot maatschappelijk verantwoord ondernemen.

Volgens EcoLoss kan de Combinatie geen vordering instellen omdat niet de Combinatie maar [bedrijf2] de inschrijver op de aanbesteding is.

3.3. De gemeente Rotterdam voert verweer.

3.4. Strukton concludeert tot afwijzing van de vordering van EcoLoss en van de Combinatie. Strukton vordert, samengevat, de gemeente Rotterdam te verbieden om de opdracht aan een

ander dan Strukton te gunnen en om de gemeente Rotterdam te verbieden om de inschrijving van [bedrijf2] ongedig te verklaren.

Volgens Strukton kan de Combinatie geen voorde- ring instellen omdat niet de Combinatie maar [bedrijf2] de inschrijver op de aanbesteding is.

3.5. De Combinatie concludeert tot afwijzing van de vorderingen van EcoLoss en van Strukton. De Combinatie stelt dat de gemeente Rotterdam te- recht voornemens is de opdracht aan haar te gunnen. De Combinatie vordert om de gemeente Rotterdam te verbieden 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 ge- oordeeld.

4.2. Ieder die een belang heeft bij een tussen ande- re partijen aanhangig geding, kan vorderen zich daarin te mogen voegen of daarin te mogen tus- senkomen.

4.3. Het belang van Strukton, als inschrijver op de aanbesteding en oorspronkelijk winnaar daar- van, is gegeven. Om die reden heeft de voorzienin- genrechter, 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. De vraag of sprake is van tussenkomst dan wel voeging zal, zo nodig, nog aan de orde komen.

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 Combina- tie 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 onzorgvul- digheid van de gemeente Rotterdam. De voorzie- ningenrechter ziet voorsnog geen reden om te twifelen 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 stelling van EcoLoss dat zij uit de markt wordt gedrukt door de lage inschrijfprijs van de Combinatie is een kwestie die veeleer betrekking heeft op het mededingingsrecht dan op het aanbe- stedingsrecht (behoudens dan de nog te beoorde- len kwestie van de abnormaal lage inschrijving). Volgens het mededingingsrecht is het niet toege- staan om kartelafspraken te maken of om een economische machtspositie te misbruiken. De voorzieningenrechter begrijpt dat EcoLoss zich in dit verband niet beroept op kartelafspraken. Daarover wordt althans niets relevants gesteld, laat staan onderbouwd, zodat de stellingen van EcoLoss zo begrepen dienen te worden dat Eco- Loss zich beroept op misbruik van een economi- sche machtspositie. EcoLoss stelt echter niets, en dus ook niets relevants, dat erop zou kunnen wij- zen dat de Combinatie op de relevante markt een economische machtspositie inneemt (ex artikel 24 lid 1 Mededingingswet). EcoLoss stelt overi- gens ook niet wat de relevante markt in dit geval is. Dan kan ook niet tot het oordeel worden geko- men dat misbruik wordt gemaakt van een (even- tuele) economische machtspositie. Voorzover EcoLoss desondanks meent dat de handelwijze van de Combinatie mededingingsrechtelijk gezien niet door de beugel kan, ondanks het uitgangspunt dat concurrentie op zich geoorloofd en zelfs wenselijk is, zal zij overigens haar pijlen moeten richten op de Combinatie en niet op de gemeente Rotterdam.

4.9. De beroepen van EcoLoss op de bepalingen in het Beschrijvend Document omtrent maatschap- pelijk verantwoord ondernemen en social return kunnen haar niet baten, nu niet valt in te zien welke op de gemeente Rotterdam rustende verbint- enis in dit verband zou worden geschonden, respectievelijk dat de gemeente Rotterdam niet zou hebben getoetst overeenkomstig het bepaalde in het Beschrijvend Document. In wezen is hier niet zozeer sprake van een (afzonderlijk) te toetsen subgunningscriterium als wel van een beschrijving van de uitgangspunten die de gemeente Rotterdam wil hanteren bij het opstellen van de

aanbestedingsstukken en de eisen die zullen worden gesteld aan de inschrijver aan wie de opdracht uiteindelijk gegund wordt.

4.10. Volgens het Beschrijvend Document (blz. 6 onder 2.1.2) is EMVI (economisch meest voordelige inschrijving) het gunningscriterium. Sinds de wijziging van de Aanbestedingswet 2012 per 1 juli 2016 heeft het begrip EMVI een andere, overkoepelende betekenis gekregen voor de drie verschillende manieren om te gunnen. Blijkens het bepaalde in het Beschrijvend Document is in dit geval feitelijk gekozen voor de beste prijs-kwaliteitverhouding (in de vorm van het laagste acceptabele bod, blz. 17 onder 5.6.2. van het Beschrijvend Document) als gunningscriterium (wat voor 1 juli 2016 werd aangeduid als EMVI).

4.11. Het ten deze toepasselijke artikel 2.116 van de Aanbestedingswet 2012 (onder paragraaf 2.3.8.5: “Abnormaal lage inschrijvingen”) luidt:

“1. Indien een inschrijving voor een overheidsopdracht wordt gedaan die in verhouding tot de te verrichten werken, leveringen of diensten abnormaal laag lijkt, verzoekt de aanbestedende dienst om een toelichting op de voorgestelde prijs of kosten van de desbetreffende inschrijving.

2. Een toelichting als bedoeld in het eerste lid kan onder meer verband houden met:

a. de doelmatigheid van het bouwproces, van het productieproces van de producten of van de dienstverlening;

b. de gekozen technische oplossingen of uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver bij de uitvoering van de werken, de levering van de producten of het verlenen van de diensten kan profiteren;

c. de originaliteit van de door de inschrijver voorgestelde werken, leveringen of diensten;

f. het vervullen van de verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht uit hoofde van het recht van de Europese Unie, nationale recht of collectieve arbeidsovereenkomsten of uit hoofde van de in bijlage X van richtlijn 2014/24/EU vermelde bepalingen van internationaal milieu-, sociaal en arbeidsrecht;

e. de ontvangst van staatssteun door de inschrijver; g. het vervullen van de verplichtingen, bedoeld in artikel 2.79.

3. De aanbestedende dienst onderzoekt in overleg met de inschrijver de verstrekte informatie.

4. Een aanbestedende dienst kan een inschrijving uitsluitend afwijzen indien het lage niveau van de voorgestelde prijzen of kosten niet genoegzaam

wordt gestaafd door het verstrekte bewijsmateriaal, rekening houdend met de in het tweede lid bedoelde elementen.

5. Een aanbestedende dienst wijst een inschrijving af indien hij heeft vastgesteld dat de inschrijving abnormaal laag is omdat zij niet voldoet aan de verplichtingen op het gebied van het milieu- sociaal en arbeidsrecht uit hoofde van het recht van de Europese Unie, nationale recht of collectieve arbeidsovereenkomsten of uit hoofde van de in bijlage X van richtlijn 2014/24/EU vermelde bepalingen van internationaal milieu-, sociaal en arbeidsrecht.

6. Een aanbestedende dienst die constateert dat een inschrijving abnormaal laag is omdat de inschrijver staatssteun heeft gekregen, kan de inschrijving uitsluitend op enkel die grond na overleg met de inschrijver afwijzen, indien de inschrijver desgevraagd niet binnen een door de aanbestedende dienst bepaalde voldoende lange termijn kan aantonen dat de betrokken steun niet in strijd met artikel 107 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie is toegekend.

7. Indien de aanbestedende dienst in een geval als bedoeld in het zesde lid een inschrijving afwijst, stelt hij de Europese Commissie daarvan in kennis.”

4.12. Indien sprake zou zijn van een abnormaal lage inschrijving, wat, gelet op het gemotiveerde verweer van de Combinatie op dit onderdeel, niet zonder meer kan worden aangenomen, heeft het volgende te gelden.

4.13. Een aanbesteder heeft in beginsel niet de verplichting, maar slechts een bevoegdheid om een inschrijving met een abnormaal lage prijs uit te sluiten. Dit volgt uit voormelde wetstekst en uit bestendige jurisprudentie (zie bijvoorbeeld Vznr. Rb. Amsterdam 21 februari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ1986; Rb. Noord-Nederland 23 januari 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:365; Vznr. Rb. Overijssel, zittingsplaats Almelo, 6 juni 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:3245; Vznr. Rb. Rotterdam, 13 februari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:1182).

4.14. Afgezien hiervan is de regeling over abnormaal lage inschrijvingen geschreven ten gunste van de aanbesteder en kunnen (andere) inschrijvers, als EcoLoss, hieraan geen rechten ontlennen (zie onder meer Vznr. Rb. Overijssel 6 juni 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:3245 en Vznr. Rb. Den Haag 23 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15921).

4.15. De vorderingen van EcoLoss dienen dan ook afgewezen te worden. Niet valt in te zien waarom de gemeente Rotterdam zou kunnen worden gedwongen een -gesteld- abnormaal lage inschrijving ongeldig te verklaren en evenmin valt in te zien waarom EcoLoss zich zou mogen beroepen op de regeling van de abnormaal lage inschrijving.

4.16. De vorderingen van Strukton zullen eveneens worden afgewezen. Strukton vordert in deze procedure, waarin EcoLoss eiseres is, hoewel (deels) anders en uitgebreider, en afgezien van de vorderingen die betrekking hebben op de intrekking van het voornemen tot gunning, materieel in grote lijnen hetzelfde als in de procedure met kenmerk C/10/520509 KG ZA 17-125, waarin Strukton zelf eiseres is. De voorzieningenrechter zal in deze laatstgenoemde procedure komen te oordelen over de vorderingen van Strukton. Strukton heeft er geen belang bij dat in twee verschillende, maar gelijktijdig behandelde, procedures op haar vorderingen wordt beslist. Een proceskostenveroordeling kan hier achterwege blijven, nu ook daarover in de andere procedure zal worden beslist. Alle partijen in deze procedure zijn in die procedure eveneens partij.

4.17. De vorderingen van de Combinatie zullen eveneens aan de orde komen in de andere kort gedingprocedure, en zullen Mitsdien hier afgewezen worden. De voorzieningenrechter herhaalt haar onder 4.16 gegeven oordeel.

4.18. EcoLoss zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten van de gemeente Rotterdam, van Strukton en van de Combinatie. De proceskostenveroordeling zal, zo nodig ambtshalve, uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard. Wettelijke rente zal niet worden toegevoegd 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 Strukton: € 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 de 15e dag 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,

- 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 de vorderingen van EcoLoss af,

5.2. veroordeelt EcoLoss 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,-,

5.3. veroordeelt EcoLoss in de proceskosten van Strukton, 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,-,

5.4. veroordeelt EcoLoss 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,-,

5.5. verklaart de proceskostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad,

5.6. wijst het meer of anders gevorderde af.

161

Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag
14 april 2017, nr. C/09/526660/KG ZA 17-176,
ECLI:NL:RBDHA:2017:4930
(mr. Groeneveld-Stubbe)

Toelaatbaarheid beoordelingsmethodiek. Motivering gunningsbeslissing. Kwalitatieve gunningscriteria. Transparantiebeginsel. Gelijktheidsbeginsel. Facultatieve uitsluitingsgrond.

[Aanbestedingswet 2012 art. 2.86, 2.87; Wet Bibob]

De gemeente Den Haag (hierna: de gemeente) heeft een Europese niet-openbare aanbestedingsprocedure georganiseerd met betrekking tot uit te voeren preventief, correctief en curatief onderhoud aan gemeentelijke panden (hierna: 'de Opdracht'). De Opdracht is opgedeeld in twee percelen, waarbij uitgangspunt is om per perceel met één opdrachtnemer een overeenkomst te sluiten en aanmeldingen kunnen worden ingediend voor één of meerdere percelen. Het gunningscriterium is de economisch meest voordelige inschrijving (EMVI), vastgesteld op basis van de beste prijs-kwaliteit verhouding.

De gemeente heeft voor ieder perceel een inschrijvingsleidraad opgesteld d.d. 7 oktober 2016 (hierna: 'de Inschrijvingsleidraad voor perceel 1 en de Inschrijvingsleidraad voor perceel 2'). Blijkens paragraaf 5 van de beide inschrijvingsleidraden vindt de beoordeling van de inschrijvingen plaats door een beoordelingsteam, waarin zowel inkooptechnische, inhoudelijke als juridische deskundigen zijn vertegenwoordigd. Na een controle van de inschrijvingen op vormvereisten en volledigheid, vindt blijkens de inschrijvingsleidraden de inhoudelijke beoordeling plaats, waarbij de inschrijvingen worden getoetst aan de minimum (gunnings-)eisen en de gunningscriteria.

Krämer Bouw B.V. (hierna: Krämer) en B.V.1 hebben, na daartoe door de gemeente te zijn uitgenodigd, tijdig ingeschreven op de beide percelen. B.V.2 heeft tijdig ingeschreven op perceel 2.

De gemeente heeft bij brief van 8 december 2016 aan Krämer bericht dat zij perceel 1 voorlopig heeft gegund aan B.V.1 en perceel 2 aan B.V.2. Krämer heeft naar aanleiding van deze voorlopige gunningsbeslissingen op 27 december 2011 een kort geding tegen de gemeente aanhangig gemaakt.

Bij brief van 20 januari 2017 heeft de gemeente onder intrekking van de gunningsbeslissingen van 8 december 2016 nieuwe voorlopige gunningsbeslissingen genomen, waarbij zij perceel 1 opnieuw voorlopig heeft gegund aan B.V.1 en perceel 2 aan B.V.2.

De gemeente heeft bij de aan Krämer verzonden voorlopige gunningsbeslissing ten aanzien van perceel 1 bericht dat de inschrijving van Krämer op een derde plaats is geëindigd, waarbij haar rangorde op het criterium kwaliteit de vierde plaats is en op het criterium prijs de eerste plaats.

Beoordelingssystematiek

Zoals de gemeente terecht heeft opgemerkt, kwam aan haar de vrijheid toe om de facultatieve uitsluitingsgrond ex artikel 2.87, eerste lid, sub c Aw 2012 op de onderhavige aanbestedingsprocedure niet van toepassing te verklaren. De gemeente heeft er eveneens terecht op gewezen dat het op de weg van Krämer lag om tijdig bezwaar te maken tegen de door de gemeente gekozen beoordelingssystematiek, onder meer ook wat betreft het niet voorzien in een onderzoek op grond van de Wet Bibob. Krämer komt echter eerst in deze procedure met haar bezwaren en dat is – zoals de gemeente terecht betoogt – te laat. Op grond van de wel op de aanbestedingsprocedure van toepassing zijnde uitsluitingsgronden, rust op de gemeente de verplichting om B.V.2 uit te sluiten wanneer sprake is van een gedraging van B.V.2 die heeft geleid tot een onherroepelijk geworden rechterlijke uitspraak als bedoeld in artikel 2.86 Aw 2012. Daarvan is in het geval van B.V.2 geen sprake, zo is door de gemeente op deugdelijke wijze onderzocht.

Kwalitatieve criteria

Met betrekking tot de beoordelingssystematiek en de motivering van de voorlopige gunningsbeslissingen stelt de voorzieningenrechter voorop dat Krämer zich keert tegen een beoordeling van kwalitatieve criteria. Zoals Krämer zelf ook onderkent is enige mate van subjectiviteit inherent aan de beoordeling van dergelijke criteria.

Van een inschrijver mag worden verwacht dat hij in eigen bewoordingen aangeeft op welke wijze hij de verlangde 'kwaliteit' gaat leveren. Daarmee wordt hij in de gelegenheid gesteld zich te onderscheiden van de andere inschrijvers en aldus zijn 'meerwaarde' aan te tonen. Mede gelet hierop mag van de aanbestedende dienst dan ook niet worden verwacht dat deze tot in detail aangeeft wat nodig is om een bepaalde score voor wat betreft het criterium 'kwaliteit' te behalen. Alsdan zou iedere innovatie, creativiteit of zelfstandig denkproces bij

de inschrijvers worden geëcarteerd. Aan een gunningsystematiek – zoals hier aan de orde – is derhalve inherent dat een inschrijvende partij de ruimte wordt geboden om op eigen wijze aan te geven hoe hij de gewenste kwaliteit invult. Daardoor wordt hij optimaal gestimuleerd om inventief in te schrijven en kenbaar te maken begrip en inzicht te hebben voor dan wel in die aspecten van de opdracht die volgens hem relevant zijn voor de aanbestedende dienst.

Krämer heeft volstrekt onvoldoende onderbouwd dat de nodige vraagtekens kunnen worden geplaatst bij de onafhankelijkheid en deskundigheid van het beoordelingsteam. Daarnaast constateert de voorzieningenrechter dat in de aanbestedingsstukken in niet mis te verstane bewoordingen is vermeld dat met het subgunningscriterium kwaliteit in de onderhavige aanbestedingsprocedure een beroep wordt gedaan op het onderscheidend vermogen van de inschrijvers ten aanzien van de wijze waarop door hen aan de gestelde minimumeisen voldaan kan worden en de wijze waarop bovenop deze minimumeisen toegevoegde waarde aan de gemeente kan worden geleverd. Zo staat uitdrukkelijk in de Inschrijvingsleidraad dat de antwoorden van inschrijvers meer vertrouwen zullen wekken (en daarmee tot de toekenning van een hoger puntenaantal zullen leiden) wanneer deze concreter, helderder en realistischer (SMART) zijn en de inschrijver zich dus op basis van zijn uniciteit positief heeft weten te onderscheiden. Een dergelijke beoordelingssystematiek impliceert – anders dan Krämer lijkt te betogen – reeds dat niet alle aspecten die tot meerwaarde kunnen leiden op voorhand bekend behoeven te worden gemaakt en deze dus niet alle uitdrukkelijk in de aanbestedingsstukken behoeven te zijn vermeld. De gemeente heeft dit ook expliciet in de Inschrijvingsleidraad tot uitdrukking laten komen, daar waar zij per subgunningscriterium heeft vermeld welke beoordelingsaspecten daarbij onder andere gelden. Niet ter discussie staat dat Krämer de gehanteerde beoordelingssystematiek niet voorafgaand aan het indienen van haar inschrijving op perceel 1 en perceel 2 ter discussie heeft gesteld dan wel hierover vragen heeft gesteld, zodat – zoals de gemeente, B.V.1 en B.V.2 terecht hebben opgemerkt – Krämer haar rechten heeft verwerkt om deze beoordelingssystematiek als zodanig in deze procedure (alsnog) ter discussie te stellen.

Ook kan Krämer niet worden gevolgd in haar standpunt dat de gemeente een nieuw subgunningscriterium na inschrijving heeft geïntroduceerd.

Slotsom

Naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter bevatten de voorlopige gunningsbeslissingen van 20 januari 2017 de relevante redenen voor die beslissingen. Uit al het voorgaande volgt dat de vordering van Krämer dient te worden afgewezen.

de besloten vennootschap

KRÄMER BOUW B.V.,

statutair gevestigd en kantoorhoudende te Utrecht, eiseres,

advocaat mr. Ch.P.A.Th. van Goethem te Amsterdam,

tegen:

de publiekrechtelijke rechtspersoon

GEMEENTE DEN HAAG,

zetelende te Den Haag,

gedaagde,

advocaat mr. M.R. Kütke te Den Haag,

waarin zijn tussengekomen:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[B.V.1],

gevestigd te Rotterdam,

advocaat mr. A.A. Rassa te Den Bosch,

en

de besloten vennootschap

[B.V.2]

gevestigd te Den Haag,

advocaat: mr. P. Willems te Capelle a/d IJssel.

De volledige uitspraak is te raadplegen op opmaat.sdu.nl.

162

Voorzieningenrechter Rechtbank Gelderland
26 april 2017, nr. C/05/317261/KG ZA 17-132,
ECLI:NL:RBGEL:2017:2447

(mr. De Waele)

Noot mr. A.H. Klein Hofmeijer

(On-)geldigheid inschrijving. Motivering gunningsbeslissing. Gelijkeheidsbeginsel. Uitleg aanbestedingsstukken. Gelijkeheidsbeginsel. Transparantiebeginsel. Rechtsverwerking. Alcatel- en vervaltermijn.

De gemeente Epe (hierna: de gemeente) heeft eiser bij brief van 21 december 2016 uitgenodigd om deel te nemen aan de meervoudige onderhandse aanbestedingsprocedure voor de opdracht 'Vervanging openbare verlichting 2017 gemeente Epe'. Het werk betreft hoofdzakelijk het vervangen van verlichtingsmasten en armaturen, het ombouwen van verlichtingsarmaturen en het leveren van extra verlichtingsarmaturen.

Alsnog ongeldig

De voorzieningenrechter stelt vast dat de gemeente haar voorlopige gunningsbeslissing van 21 februari 2017 bij brief van 7 april 2017 heeft ingetrokken en dat zij een nieuwe voorlopige gunningsbeslissing heeft genomen, inhoudende dat de inschrijving van eiser alsnog ongeldig wordt verklaard. Daarbij is eiser een nieuwe standstill-termijn gegeven van 10 kalenderdagen na dagtekening van genoemde brief. Het aanbestedingsrechtelijke gelijkheidsbeginsel laat het niet toe dat een opdracht (eventueel) wordt gegund aan een inschrijver die een ongeldige inschrijving heeft gedaan. Daarom moet een aanbestedende dienst, indien de (vermeende) ongeldigheid pas na de voorlopige gunningsbeslissing door de aanbestedende dienst wordt opgemerkt, deze gunningsbeslissing kunnen intrekken en een nieuwe gunningsbeslissing nemen. Wel dient de aanbestedende dienst in zo'n geval de inschrijvers een nieuwe standstill-termijn te gunnen, hetgeen de gemeente in de onderhavige zaak ook heeft gedaan.

De vraag die vervolgens dient te worden beantwoord is, of eiser inderdaad een ongeldige inschrijving heeft gedaan.

Geldige inschrijving

De voorzieningenrechter overweegt het volgende. In de Inschrijvingsleidraad is bij het subgunningscriterium 'verkeersmaatregelen' als (minimum)eis opgenomen: 'Maatregelen volgens bestek (publicatie 96b + botsabsorber)'. In bestekspost 010310 wordt verwezen naar de zogenaamde CROW-publicatiereeks 'Werk in Uitvoering', figuurnummer 1323b. Deze CROW-publicatie (nummer 96b) geeft kaders en eisen voor het ontwerpen en inrichten van tijdelijke verkeersmaatregelen op wegen binnen en buiten de bebouwde kom. Figuur 1323 van de CROW-richtlijn ziet op zogenaamde 'gebiedsontsluitingswegen' (GOW) en wordt verduidelijkt met een tweetal tekeningen, figuur 1323a en 1323b. Niet in geschil is dat de CROW-richtlijn leidend is voor de te nemen tijdelijke verkeersmaatregelen. Naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter volgt uit de Inschrijvingsleidraad en bestekspost 010310 niet onmiddellijk en zonder meer dat het de bedoeling was af te wijken van de voorgescreven standaard CROW-richtlijn, waarnaar de gemeente overigens zelf verwijst, namelijk dat in alle gevallen, bij alle werkzaamheden binnen en buiten de bebouwde kom, een botsabsorber moet worden ingezet.

Alles overziend is de voorzieningenrechter van oordeel dat een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver, die geacht kan worden vaker met de CROW-richtlijn te werken, de hier aan de orde zijnde bestekseis heeft kunnen opvatten zoals eiser dat heeft gedaan, namelijk dat volstaan kan worden met het inzetten van een botsabsorber op 80 km/u-wegen. Dit leidt tot de slotsom dat eiser geen ongeldige inschrijving heeft gedaan.

De volgende vraag die partijen verdeeld houdt, is de vraag of de inschrijvingen van naam 4 en naam 5 ongeldig zijn.

Uitleg

Eiser stelt in dit verband het volgende. Uit de aanbestedingsstukken volgt dat moet worden ingescreven met het armatuur van Schröder. Het is toegestaan om met armaturen van Lebaa of Lightronics in te schrijven, maar dan dient de inschrijver aan te tonen dat deze armaturen gelijkwaardig zijn aan Schröder. De voorlopige gunningsbeslissing van de gemeente geeft er geen blijk van dat naam 4 en naam 5 bij hun inschrijving hebben aangetoond dat Lebaa producten, gelijkwaardig aan de Schröder armaturen, kunnen worden geleverd.

De vraag is of voor een (andere) behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver duidelijk was dat de in de Nota van Inlichtingen opgenomen zinsnede "de genoemde alternatieven dienen de

zelfde lichtsterkte te leveren“ ziet op de minimale gelijkmatigheidsnorm van 0,2. De voorzieningenrechter beantwoordt deze vraag ontkennend. Alles overziend is naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter niet duidelijk wat precies wordt bedoeld met de besteksposten 210060, 220020 en 250010 in combinatie met het antwoord op vraag 5 in de Nota van Inlichtingen. Daarmee zijn niet alle voorwaarden en modaliteiten van de onderhavige aanbestedingsprocedure in de aanbestedingsstukken geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, opdat enerzijds alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde wijze kunnen interpreteren, en anderzijds de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria die op de betrokken opdracht van toepassing zijn. Aldus is sprake van strijd met het gelijkheids- en transparantiebeginsel.

Rechtsverwerking

Volgens de gemeente had eiser tijdig moeten klagen over vermeende onrechtmatigheden en heeft eiser, nu zij dit niet heeft gedaan, haar recht verwerkt om in dit stadium van de aanbestedingsprocedure alsnog te klagen. De voorzieningenrechter overweegt in dit verband het volgende. Naar aanleiding van een verschil in beschrijving van de technische eigenschappen van de armaturen is ter verduidelijking een nadere vraag gesteld door eiser. Het antwoord van de gemeente was niet ondubbelzinnig. De gemeente heeft echter een nadere vragen-/inlichtingenronde niet noodzakelijk geacht, zo volgt uit het antwoord op een vraag van een van de inschrijvers in de Nota van Inlichtingen. Er was dan ook geen mogelijkheid voor eiser om naar aanleiding van het bewuste antwoord van de gemeente om nadere verduidelijking te verzoeken. Van ontijdig klagen is dan ook geen sprake.

Slotsom

Het voorgaande betekent dat de vordering voor toewijzing gereed ligt, met dien verstande dat de gemeente tot heraanbesteding dient over te gaan indien en voor zover zij de opdracht nog wenst te gunnen.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [eiser], gevestigd te Arnhem, eiseres, advocaten mrs. D.J.L. van Ee en R.P. Fennis LLM. te Amsterdam, tegen de publiekrechtelijke rechtspersoon GEMEENTE EPE, zetelend te Epe, gedaagde, advocaat mr. M.J. Mutsaers te Zwolle. Partijen zullen hierna [eiser] en de gemeente genoemd worden.

1 De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding met producties
- de producties van de gemeente
- de akte houdende wijziging van eis van [eiser]
- de mondelinge behandeling
- de pleitnota van [eiser]
- de pleitnota van de gemeente.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2 De feiten

2.1. De gemeente heeft [eiser] bij brief van 21 december 2016 uitgenodigd om deel te nemen aan de meervoudige onderhandse aanbestedingsprocedure overeenkomstig hoofdstuk 7 van het Aanbestedingsreglement Werken 2016 voor de opdracht ‘Vervanging openbare verlichting 2017 gemeente Epe’. Het werk betreft hoofdzakelijk het vervangen van verlichtingsmasten en armaturen, het ombouwen van verlichtingsarmaturen en het leveren van extra verlichtingsarmaturen.

2.2. In de in dit verband opgestelde ‘Inschrijvingsleidraad ‘Vervanging openbare verlichting 2017 gemeente Epe’ van 16 december 2016 (hierna: Inschrijvingsleidraad) is onder meer het volgende bepaald:

1.2 Richtlijnen en afspraken

(...)

Degene die een inschrijving doet op deze aanbesteding stemt in met de toepasselijkheid van alle aanbestedingsdocumenten.

De gemeente Epe gunt na beoordeling van de inschrijvingen op EMVI, op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding.

6 Gunningscriteria en beoordeling

De opdracht van het werk wordt gegeven aan de inschrijver met de beste prijs-kwaliteitverhouding. De gunningscriteria zijn onderverdeeld in criteria die betrekking hebben op kwalitatieve aspecten van de inschrijving en criteria die betrekking hebben op kwantitatieve aspecten van de inschrijving. De inschrijving wordt beoordeeld op deze kwalitatieve en kwantitatieve aspecten, waarbij de waardering van de kwalitatieve aspecten wordt omgezet in een kwantitatieve waardering.

6.1 Gunningscriteria

Criterion 6-waarde Meerwaarde

(...)

Verkeersmaatregelen Maatregelen volgens bestek Aantonen en inzichtelijk maken welke (publicatie 96b + aanvullende verkeersmaatregelen waar, botsabsorber) wanneer en voor hoelang genomen worden.

2.3. Naast voornoemde Inschrijvingsleidraad is ook opgesteld een 'Beoordelingsprotocol Vervanging openbare verlichting 2017 gemeente Epe' met daarbij gevoegd het bestek 'Bestek Epe 59-00 "Vervanging openbare verlichting 2017 gemeente Epe"' van eveneens 16 december 2016. In het bestek is onder meer het volgende bepaald: 010310 Toep. Van afzetting(en) op enkelbaansweg.

Ten behoeve van:

de uitvoering van alle werkzaamheden, binnen en buiten de bebouwde kom, volgens dit bestek. Betreft: het toepassen van rijstrookafzettingen.

Inclusief het aanbrengen en onderhouden van afzettingen van alle aansluitende wegen.

Stationaire afzetting volgens CROW-publicatierijks 'Werk in Uitvoering' figuurnummer 1323b. Verkeersmaatregelen inrichten conform wegtype gebiedsuitingsweg (GOW) incl. botsabsorber volgens bestekspostnr. 010320.

Actieraam uitvoeren op botsabsorber.

Toegestane snelheid bij werk in uitvoering: Vwui = 30 km/h

Met materiaal van de aannemer.

010320 Toepassen botsabsorber

Betreft: het toepassen van een botsabsorber binnen de langafzettingen volgens bestekspostnr. 010310.

21 Vervangen verlichtingsobject

(...)

Armatuuren: de opdrachtgever hanteert voor de masten in dit bestek als standaard armatuur de Schreder Teceo 1 zoals beschreven in de betreffen-

de besteksposten. In de posten is beschreven welke armaturen (2 stuks) de opdrachtgever als gelijkwaardig beschouwd.

De aannemer kan kiezen uit 3 typen armaturen. Het is de aannemer niet toegestaan de verschillende typen door elkaar te gebruiken. Het gekozen type dient hetzelfde te zijn voor het volledige bestek.

210060 Leveren verlichtingsarmatuur.

Betreft: nieuwe verlichtingsarmaturen tbv bestekspostnr. 210070.

Verlichtingsarmatuur met ingebouwde voorschakelapparaat.

Type:

- SCHREDER:

TECEO 1 5112 32LED 500 mA WW Flat, Glass Extra Clear altijd ingesteld op 70% en daarna een dimprofiel 3A Indal.

- LIGHTRONICS

BRISA-L2WG4-LC-R-32LED-3000K-6840LM-54W altijd ingesteld op 70% en daarna een dimprofiel 3A Indal.

- LEBAA LIGHTING:

LAMPA MINI BREDE OPTIEK VLAG GLAS 5000 LUMEN altijd ingesteld op 70% en daarna een dimprofiel 3A Indal.

Incl. bijbehorend aansluitsnoer, 8 m/stuk.

Armatuur geschikt voor mast met uithouder ø60 mm.

Leveren op plaats van verwerking.

220020 Leveren verlichtingsarmatuur.

Betreft: nieuwe verlichtingsarmaturen tbv bestekspostnr. 220030.

Verlichtingsarmatuur met ingebouwde Voorschakelapparaat.

Type:

- SCHREDER:

TECEO 1 (...)

- LIGHTRONICS

BRISA (...)

- LEBAA LIGHTING

(...)

250010 Leveren verlichtingsarmatuur.

Betreft: het leveren van verlichtingsarmaturen aan de opdrachtgever ter verwerking in een ander project.

Verlichtingsarmatuur met ingebouwde Voorschakelapparaat.

Type:

- LIGHTRONICS

BRISA

- LEBAA LIGHTING

(...)

- SCHREDER:
TECEO 1 (...)

0114 06 Door de aannemer te leveren bouwstoffen

01 Daar waar in het bestek verwezen wordt naar productnamen of merknamen is dit ter verduidelijking van de functionele en/of technische specificaties van dit materiaal. Bij deze productnamen of merknamen moet worden gelezen “of gelijkwaardig” met inachtnaam van de beperkingen beschreven in lid 02 en 03.

(...)

03 De aannemer heeft voor de verlichtingsarmaturen de keuze om een gelijkwaardig product te gebruiken. De producten welke de opdrachtgever als gelijkwaardig beschouwd zijn benoemd in deel 2.2 van dit bestek. De opdrachtgever heeft na uitgebreid marktonderzoek vastgesteld dat deze 3 producten passen binnen het beheer areaal/plan en voldoen aan de specifieke functionele, technische en esthetische eisen van de gemeente Epe. Andere alternatieven worden niet als gelijkwaardig geaccepteerd.

2.4. Op 25 januari 2017 is een Nota van Inlichtingen verschenen. Hierin is onder meer het volgende opgenomen:

5. Vraag: Bestek 210060 / 220020 / 250010, Kunt u aangeven met hoeveel mA de armaturen van Ligtronics en Lebaa dienen te worden ingesteld?
Antwoord: Nee, de genoemde alternatieven dienen de zelfde lichtsterkte te leveren en op een niveau van ca. 70% te werken zodat ze naar een hoger “niveau” op te draaien zijn wanneer meer licht gewenst is.

De genoemde producten van Ligtronics en Lebaa worden als alternatief geaccepteerd. Het is dus aan de opdrachtnemer om aan te tonen dat deze materialen voldoen aan, of overeenkomen met, de eisen zoals gesteld aan het voorgeschreven product. Derhalve zijn niet alle instellingen opties etc. voor deze producten beschreven. De opdrachtgever tracht met het verstrekken van de informatie omtrent de gelijkwaardige producten transparant te zijn over het reeds uitgevoerde marktonderzoek. Dit heeft niet als doel deze producten voor te schrijven.

2.5. [eiser] heeft op 8 februari 2017 tijdig haar inschrijving ingediend.

2.6. Bij e-mailbericht van 14 februari 2017 heeft de heer [naam 1], inkoopadviseur van de gemeente, het volgende aan [eiser] bericht:

Nog 1 aanvullende vraag.

Kunt u aangeven of bij alle verkeersmaatregelen die u in uw inschrijving heeft opgenomen een botsabsorber wordt toegepast?

2.7. Bij e-mailbericht van 15 februari 2017 heeft de heer [naam 2], manager Aanbestedingsteam van [eiser], onder meer het volgende aan de gemeente geantwoord:

In onze inschrijving is bij de werkzaamheden op wegen met een maximum snelheid van 80 km/u een botsabsorber opgenomen. Dit betreft:

- Alle werkzaamheden op de Eperweg
- Een deel van de werkzaamheden op de Eekterweg & De Vaassenseweg
- Een deel van de werkzaamheden op de Tongerenseweg.

2.8. Bij brief van 21 februari 2017 heeft de heer [naam 3] namens burgemeester en wethouders van de gemeente onder meer het volgende aan [eiser] bericht:

Uw inschrijving is als geldig beoordeeld. Vervolgens heeft een beoordeling plaatsgevonden aan de hand van de Inschrijvingsleidraad en het Beoordelingsprotocol van 16 december 2016 en de Nota van inlichtingen van 25 januari 2017. In deze brief informeren wij u over de uitkomst van de uitkomst.

Behaalde score

In onderstaande tabel hebben wij uw score en de score van de winnaar weergegeven.

Onderwerp Uw score Winnende score

Garantie 10,00 10,00

Dimbaarheid 9,50 7,50

Verkeersmaatregelen 6,25 8,50

Communicatie 7,75 9,25

De behaalde score in combinatie met uw prijsaanbieding heeft ertoe geresulteerd dat wij voornemens zijn het werk voorlopig te gunnen aan [naam 4] (...)

2.9. Bij e-mailbericht van 8 maart 2017 heeft [eiser] haar bezwaren tegen de voorlopige gunningsbeslissing kenbaar gemaakt. De conclusie van [eiser] in haar e-mailbericht luidt:

Uit het inschrijfbetrag van de inschrijving van zowel [naam 4] als de nummer 2 [naam 5] kunnen wij opmaken dat zij voor het opstellen van hun inschrijving als uitgangspunt hebben gebruikt dat zij het armatuur van Lebaa zullen toepassen bij de werkzaamheden. (...)

Wanneer [naam 4] (en voor zover relevant [naam 5]) het Lebaa armatuur gaat toepassen voldoet de inschrijving niet aan het bestek en moet u deze inschrijvingen als ongeldig ter zijde leggen en dient u de opdracht te gunnen aan [eiser].

2.10. Bij e-mailbericht van 8 maart 2017 heeft [naam 6] (hierna: [naam 6]) namens de gemeente [eiser] verwezen naar de te volgen procedure voor het maken van bezwaar tegen de voorgenomen gunning.

2.11. Nadat [eiser] de gemeente om een toelichting/nadere motivering heeft verzocht, heeft [naam 6] bij e-mailbericht van 9 maart 2017 aangegeven dat de gemeente van mening is dat de bezwaren van [eiser] ongegrond zijn en dat het gunningsvoornemen dan ook niet zal worden gewijzigd.

2.12. Bij brief van 7 april 2017 heeft de gemeente onder meer het volgende aan [eiser] bericht:

9. Ter voorbereiding van dit kort geding heeft de Gemeente nog eens goed naar de gang van zaken tijdens de aanbestedingsprocedure en naar de inschrijving zelf gekeken. Daarbij stuitte wij op de verduidelijkingsvraag die wij bij e-mail van 14 februari jl. aan [eiser] hebben gesteld in verband met het toepassen van botsabsorbers.

Meer precies hebben wij u de vraag gesteld of u kunt aangeven of bij alle verkeersmaatregelen die in uw inschrijving zijn opgenomen een botsabsorber wordt toegepast.

10. Bij e-mail van 15 februari jl. heeft u toegelicht dat in de inschrijving van [eiser] bij de werkzaamheden op wegen met een maximum snelheid van 80 km/u een botsabsorber is opgenomen.

11. Gelet op dit door u gegeven antwoord menen wij dat we uw inschrijving in eerdere instantie ten onrechte als geldig hebben beoordeeld. Immers, in par. 6.1, p. 10 Inschrijvingsleidraad (hierna; IL) is in het kader van het subgunningscriterium 'verkeersmaatregelen' uitdrukkelijk bepaald dat de inschrijvers, om de minimale waarde van een 6 te behalen, de maatregelen volgens het Bestek moeten aanbieden/toepassen, waarbij wordt verwezen naar (CROW-) 'publicatie 96b + botsabsorber'. Zie bovendien besteksnummer 010310: (...)

12. Kortom, bij alle werkzaamheden, binnen en buiten de bebouwde kom, moet een botsabsorber worden ingezet, en dus niet slechts op de 80 km/u-wegen. Aan deze bestekseis c.q. de in het kader van de subgunningscriteria minimaal geëiste '6-waarde' wordt blijkens het antwoord van [eiser] niet voldaan. De andere inschrijvers voldoen wél

aan deze eis(en). De inschrijving van [eiser] is daardoor niet vergelijkbaar met de andere inschrijvingen.

13. Wij betreuren het dat wij dit niet eerder hebben onderkend en in onze eerdere brief van 21 februari jl. achteraf gezien ten onrechte hebben aangegeven dat wij uw inschrijving als geldig hebben beoordeeld.

Vanwege de kernbeginselen van het aanbestedingsrecht en ook de algemene beginselen van behoorlijk bestuur kunnen wij niet anders dan uw inschrijving alsnog als zijnde niet-besteksconform c.q. ongeldig ter zijde leggen. Omdat dit een nieuwe/aanvullende relevante reden voor onze gunningsbeslissing is, zien wij ons tevens genoodzaakt om tot intrekking van onze eerdere gunningsbeslissing van 21 februari jl. over te gaan (...) en deze te vervangen door de onderhavige nieuwe voorlopige gunningsbeslissing, inclusief nieuwe, volledige stand still-termijn van 10 kalenderdagen, zoals opgenomen in par. 3.6 IL.

(...)

17. Voor zover de inschrijving van [eiser] wél/toch als geldig zou moeten worden aangemerkt, dan nog geldt dat deze niet de economisch meest voordelige is, althans niet de beste prijs-kwaliteitverhouding biedt, zodat [eiser] ook in dat (hypothetische) geval niet voor gunning in aanmerking zou komen. In dat kader verwijzen wij naar de motivering zoals opgenomen in onze eerdere gunningsbeslissing van 21 februari jl. en het procesverbaal van aanbesteding van 16 februari jl., welke wij voor de volledigheid nogmaals als bijlagen bij deze brief hebben gevoegd. De relevante inhoud dient hier als herhaald en ingelast te worden beschouwd.

18. Tot slot handhaven wij ons voornemen om de opdracht te gunnen aan [naam 4], die ook bij deze nieuwe stand van zaken de economisch meest voordelige inschrijving heeft gedaan, althans de beste prijs-kwaliteitverhouding biedt.

3 Het geschil

3.1. [eiser] vordert na wijziging van eis dat de voorzieningenrechter bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren vonnis:

primair

1. de gemeente verbiedt tot gunning van de opdracht aan [naam 4] over te gaan, alsmede de gemeente gebiedt de beslissing tot voorlopige gunning van 21 februari 2017, althans de kennisgeving van 7 april 2017, in te trekken en de gemeente gebiedt de inschrijving van [naam 4] en [naam 5]

. ongeldig te verklaren, de inschrijving van [eiser] geldig te verklaren en over te gaan tot gunning van de opdracht aan [eiser], althans dat de voorzieningenrechter een zodanige voorziening treft als hij juist oordeelt, subsidiair

2. de gemeente verbiedt tot gunning van de opdracht aan [naam 4] over te gaan, alsmede de gemeente gebiedt de beslissing tot voorlopige gunning van 21 februari 2017, althans de kennisgeving van 7 april 2017, in te trekken en de gemeente gebiedt tot heraanbesteding over te gaan waarbij [eiser] uitgenodigd dient te worden een inschrijving te doen, althans dat de voorzieningenrechter een zodanige voorziening treft als hij juist oordeelt, en in alle gevallen

3. de gemeente veroordeelt in de kosten van deze procedure, een en ander te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 14 dagen, althans vanaf een door de voorzieningenrechter redelijk geachte termijn, na dit vonnis, indien en voor zover de gemeente deze kosten niet voordien heeft voldaan,

4. de gemeente veroordeelt in de nakosten ten bedrage van respectievelijk € 131,00 zonder betekening en verhoogd met € 68,00 in geval van betekening van het vonnis, laatstbedoeld bedrag te vermeerderen met de wettelijke rente indien en voor zover de gemeente dit niet binnen (de wettelijk vereiste termijn van) twee dagen, althans binnen een door de voorzieningenrechter redelijk geachte termijn na betekening van dit vonnis heeft voldaan.

3.2. De gemeente voert verweer.

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

4 De beoordeling

4.1. Het spoedeisend belang vloeit voort uit de stellingen van [eiser] en is als zodanig ook niet door de gemeente betwist.

4.2. [eiser] stelt in de eerste plaats dat de beslissing van de gemeente bij brief van 7 april 2017, dat de inschrijving van [eiser] alsnog ongeldig is, formeel onjuist is. De gemeente heeft in de voorlopige gunningsbeslissing van 21 februari 2017 de redenen naar voren gebracht voor de voorlopige gunning aan [naam 4]. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 7 december 2012, JAAN 2013, 6 (Staat-Tele2/KPN) bepaald dat een gunningsbeslissing volledig gemotiveerd moet worden en dat latere aanvulling van de relevante redenen, behoudens bijzondere uitzonderingen, niet mogelijk is. Het bericht van de gemeente van 7 april 2017 is feite-

lijk een aanvulling van de relevante redenen van de voorgenomen gunningsbeslissing van 21 februari 2017. Volgens [eiser] mocht de gemeente echter geen nieuwe redenen voor de afwijzing van de inschrijving van [eiser] aanvoeren. Van bijzondere omstandigheden om daarvan af te wijken is volgens haar geen sprake.

4.3. De gemeente betwist de voorgaande stellingen van [eiser]. De gemeente stelt dat zij in overeenstemming heeft gehandeld met genoemd arrest van de Hoge Raad. Bovendien zijn beide zaken niet met elkaar te vergelijken. De gemeente heeft haar eerdere beslissing ingetrokken en vervangen door een nieuwe, waarbij alle inschrijvers een nieuwe standstill-termijn is gegeven. Voorts dient het beginsel van gelijke behandeling te allen tijde te prevaleren boven andere algemene beginselen (van aanbestedingsrecht), zoals het vertrouwensbeginsel.

4.4. De voorzieningenrechter stelt vast dat de gemeente haar voorlopige gunningsbeslissing van 21 februari 2017 bij brief van 7 april 2017 heeft ingetrokken en dat zij een nieuwe voorlopige gunningsbeslissing heeft genomen, inhoudende dat de inschrijving van [eiser] alsnog ongeldig wordt verklaard. Daarbij is [eiser] een nieuwe standstill-termijn gegeven van 10 kalenderdagen na dagtekening van genoemde brief. Naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter kan uit het door [eiser] aangehaalde arrest van de Hoge Raad niet worden afgeleid dat een bij een nadere beoordeling van de inschrijving opgekomen ongeldigheid niet alsnog kan worden meege-
nomen. Het aanbestedingsrechtelijke gelijkheidsbeginsel laat het niet toe dat een opdracht (eventueel) wordt gegund aan een inschrijver die een ongeldige inschrijving heeft gedaan. Daarom moet een aanbestedende dienst, indien de (vermeende) ongeldigheid pas na de voorlopige gunningsbeslissing door de aanbestedende dienst wordt opgemerkt, deze gunningsbeslissing kunnen intrekken en een nieuwe gunningsbeslissing nemen. Wel dient de aanbestedende dienst in zo'n geval de inschrijvers een nieuwe standstill-termijn te gunnen, hetgeen de gemeente in de onderhavige zaak ook heeft gedaan. Een en ander leidt tot de slotsom dat het onder 4.2 weergegeven standpunt van [eiser] niet wordt gevolgd.

4.5. De vraag die vervolgens dient te worden beantwoord is, of [eiser] inderdaad een ongeldige inschrijving heeft gedaan.

4.6. De gemeente beantwoordt deze vraag bevestigend. [eiser] heeft namelijk niet voldaan aan de duidelijke (besteks)eis dat bij alle werkzaamheden, binnen en buiten de bebouwde kom, een botsabsorber moet worden ingezet. [eiser] heeft in haar Plan van Aanpak aangegeven slechts een botsabsorber in te zetten op 80 km/u-wegen. Zij heeft dit in antwoord op een verduidelijkingsvraag van de gemeente op 15 februari 2017 ook nog eens uitdrukkelijk bevestigd. Volgens de gemeente betekent dit dat de inschrijving van [eiser] niet voldoet aan het bestek (bestekspost 010310) en de Inschrijvingsleidraad.

4.7. [eiser] betwist voorgaande stellingen van de gemeente en stelt kort gezegd dat haar inschrijving met betrekking tot de inzet van botsabsorbers voldoet aan de eisen van het bestek.

4.8. De voorzieningenrechter overweegt het volgende. In de Inschrijvingsleidraad (zie 2.2) is in § 6.1 bij het subgunningscriterium ‘verkeersmaatregelen’ als (minimum)eis opgenomen: “Maatregelen volgens bestek (publicatie 96b + botsabsorber)”. In bestekspost 010310 (zie 2.3) wordt verwezen naar de zogenaamde CROW-publicatierieks ‘Werk in Uitvoering’, figuurnummer 1323b. Deze CROW-publicatie (nummer 96b) geeft kaders en eisen voor het ontwerpen en inrichten van tijdelijke verkeersmaatregelen op wegen binnen en buiten de bebouwde kom. Figuur 1323 van de CROW-richtlijn (zie productie 16 van [eiser]) ziet op zogenaamde ‘gebiedsontsluitingswegen’ (GOW) en wordt verduidelijkt met een tweetal tekeningen, figuur 1323a en 1323b.

4.9. Niet in geschil is dat de CROW-richtlijn leidend is voor de te nemen tijdelijke verkeersmaatregelen. Uit figuur 1323 van die richtlijn volgt dat het hier gaat om gebiedsontsluitingswegen waar zowel 50 km/u als 70/80 km/u kan worden gereden. Voorts volgt daaruit dat een standaard rijdende afzetting bestaat uit voorwaarschuwingswagens, actiewagens en eindewagens. Bovendien is als voorwaarde expliciet opgenomen: “Indien de feitelijke snelheid hoger is dan 80 km/h, dient een verzwaarde actiewagen met botsabsorber te worden ingezet.”

4.10. Met inachtneming van het voorgaande en anders dan de gemeente stelt, volgt naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter uit § 6.1 van de Inschrijvingsleidraad en bestekspost 010310 niet onmiddellijk en zonder meer dat het de bedoeling was af te wijken van de voorgeschreven standaard CROW-richtlijn, waarnaar

de gemeente overigens zelf verwijst, namelijk dat in alle gevallen, bij alle werkzaamheden binnen en buiten de bebouwde kom, een botsabsorber moet worden ingezet.

4.11. Ter zitting heeft de gemeente nog gesteld dat [eiser] wist, althans had moeten weten, dat de gemeente als eis stelt dat bij alle werkzaamheden, binnen en buiten de bebouwde kom, een botsabsorber moet worden ingezet, nu zij [eiser] in het verleden een keer heeft verzocht een botsabsorber in te zetten bij een gevaarlijke situatie op een 50 km/u-weg. [eiser] heeft dit gemotiveerd betwist. Volgens haar wees de gemeente op een onveilige situatie en heeft zij [eiser] verzocht passende maatregelen te nemen. Dat heeft [eiser] vervolgens tot tevredenheid van de gemeente gedaan door een aanhanger te plaatsen en geen botsabsorber. Wat hiervan verder ook zij, kennelijk heeft de gemeente naar aanleiding van deze situatie besloten om in afwijking van de standaard CROW-richtlijn overal in haar gemeente een botsabsorber in te zetten. Dit kan echter niet evident worden afgeleid uit genoemde aanbestedingsstukken.

4.12. Alles overziend is de voorzieningenrechter dan ook van oordeel dat een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver, die geacht kan worden vaker met de CROW-richtlijn te werken, de hier aan de orde zijnde bestekseis heeft kunnen opvatten zoals [eiser] dat heeft gedaan, namelijk dat volstaan kan worden met het inzetten van een botsabsorber op 80 km/u-wegen. Dit leidt tot de slotsom dat [eiser] geen ongeldige inschrijving heeft gedaan.

4.13. De volgende vraag die partijen verdeeld houdt, is de vraag of de inschrijvingen van [naam 4] (hierna: [naam 4]) en [naam 5] . (hierna: [naam 5]) ongeldig zijn.

4.14. [eiser] stelt in dit verband het volgende. Uit de aanbestedingsstukken volgt dat moet worden ingeschreven met het armatuur van Schröder. Het is toegestaan om met armaturen van Lebaa of Lightronics in te schrijven, maar dan dient de inschrijver aan te tonen dat deze armaturen gelijkwaardig zijn aan Schröder. [eiser] heeft een onderzoek uitgevoerd naar de kwaliteit en functionaliteit van de armaturen van zowel Schröder als Lebaa en Lightronics. Hieruit blijkt dat de armaturen van Lebaa en Lightronics zowel functioneel als technisch niet als gelijkwaardig aan Schröder kunnen worden beschouwd. Vast staat dat [naam 4] en [naam 5] een inschrijving hebben ingediend op basis van Lebaa armaturen. De voorlopige

gunningsbeslissing van de gemeente geeft er geen blijk van dat [naam 4] en [naam 5] bij hun inschrijving hebben aangetoond dat Lebaa producten, gelijkwaardig aan de Schröder armaturen, kunnen worden geleverd. De gemeente heeft ook niet gereageerd op een verzoek van [eiser] om bewijs van gelijkwaardigheid. Gelet op de uitkomsten van het onderzoek kan een dergelijk bewijs ook niet worden geleverd. Dit dient volgens [eiser] te leiden tot ongeldigheid van de inschrijvingen van [naam 4] en [naam 5]. Subsidiair stelt [eiser] kort gezegd dat de eisen op dit punt onduidelijk zijn, hetgeen maakt dat de aanbesteding ongeldig is.

4.15. De gemeente betwist gemotiveerd de stellingen van [eiser]. Volgens haar zijn de armaturen van Lebaa en Lightronics wel degelijk gelijkwaardig. De gemeente verwijst in dit verband naar het rapport 'Marktonderzoek armaturen' van het Nederlands Licht Instituut van 5 april 2017 (productie B van de gemeente).

4.16. De voorzieningenrechter stelt vast dat de stellingen van [eiser] en de gemeente lijnrecht tegenover elkaar staan. Dit doet de vraag rijzen wat de gemeente in het kader van de aanbestedingsprocedure op dit punt precies heeft gevraagd.

4.17. Bij het antwoord op deze vraag moet allereerst in ogenschouw worden genomen hetgeen het Europese Hof van Justitie in de zaak *Succhi di Frutta* (HvJ 29 april 2004, zaak C-496/99 PbEG 2004 C 118) en de Hoge Raad in de zaak *Van der Stroom/Staat* (HR 4 november 2005, LJN AU 2806, NJ 2006, 204) hebben overwogen en als uitgangspunt voorop hebben gesteld, te weten dat het aanbestedingsrecht twee centrale beginselen kent: het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers en het daarvan afgeleide transparantiebeginsel. Het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers beoogt de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging tussen de aan de aanbestedingsprocedure voor een overheidsopdracht deelnemende ondernemingen te bevorderen en vereist dat alle inschrijvers bij het opstellen van het in hun offerte gedane voorstel dezelfde kansen krijgen: voor alle mededingers moeten dezelfde voorwaarden gelden. Het transparantiebeginsel strekt, in samenhang daarmee, ertoe te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen en impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in het aanbestedingsbericht of in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondub-

belzinnige wijze, opdat enerzijds alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde wijze kunnen interpreteren, en anderzijds de aanbestedende dienst in staat is om met terdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria die op de betrokken opdracht van toepassing zijn. Dat brengt niet alleen mee dat alle aanbieders gelijk worden behandeld, maar ook dat zij in gelijke mate, mede met het oog op een goede controle achteraf, een duidelijk inzicht moet hebben in de voorwaarden waaronder de aanbesteding plaatsvindt.

4.18. Voorts is van belang dat bij de uitleg van een bestekseis acht dient te worden geslagen op de bewoordingen van de bestekseis, gelezen in het licht van de gehele tekst van alle relevante aanbestedingsstukken. Daarbij komt het aan op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin die stukken zijn gesteld. Bij die uitleg kan onder meer worden gekeken naar de elders in de aanbestedingsstukken gebruikte formuleringen.

4.19. In het bestek is op drie verschillende plaatsen (zie besteksposten 210060, 220020 en 250010) het volgende opgenomen:

Leveren verlichtingsarmatuur. (...)

Verlichtingsarmatuur met ingebouwde voorschakelapparatuur.

Type:

- SCHREDER:

TECEO 1 5112 32LED 500 mA WW Flat, Glass Extra Clear
altijd ingesteld op 70% en daarna een dimprofiel 3A Indal.

- LIGHTRONICS

BRISA-L2WG4-LC-R-32LED-3000K-6840LM-54W
altijd ingesteld op 70% en daarna een dimprofiel 3A Indal.

- LEBAA LIGHTING:

LAMPA MINI BREDE OPTIEK VLAG GLAS 5000 LUMEN
altijd ingesteld op 70% en daarna een dimprofiel 3A Indal.

4.20. De voorzieningenrechter stelt vast dat alleen bij de Schröder "500 mA" is opgenomen. Deze aanduiding ontbreekt bij de Lebaa en Lightronics armatuur. [eiser] heeft hierin kennelijk aanleiding gezien een vraag te stellen aan de gemeente. Deze vraag luidt:

Kunt u aangeven met hoeveel mA de armaturen van Lightronics en Lebaa dienen te worden ingesteld?

4.21. In de Nota van Inlichtingen van 25 januari 2017 (zie 2.4) heeft de gemeente deze vraag als volgt beantwoord:

Nee, de genoemde alternatieven dienen de zelfde lichtsterkte te leveren en op een niveau van ca. 70% te werken zodat ze naar een hoger "niveau" op te draaien zijn wanneer meer licht gewenst is.

De genoemde producten van Ligtronics en Lebaa worden als alternatief geaccepteerd. Het is dus aan de opdrachtnemer om aan te tonen dat deze materialen voldoen aan, of overeenkomen met, de eisen zoals gesteld aan het voorgeschreven product. Derhalve zijn niet alle instellingen opties etc. voor deze producten beschreven. De opdrachtgever tracht met het verstrekken van de informatie omtrent de gelijkwaardige producten transparant te zijn over het reeds uitgevoerde marktonderzoek. Dit heeft niet als doel deze producten voor te schrijven.

4.22. De voorzieningenrechter overweegt dat de in de Nota van Inlichtingen door de gemeente bezigde term 'lichtsterkte' in de aanbestedingsstukken niet nader wordt geduid of omschreven. Uit de stellingen van [eiser] kan worden afgeleid – en de gemeente heeft dit niet weersproken – dat sprake is van een op NEN-normen gebaseerde industriestandaard 'Richtlijn Openbare Verlichting 2011' (hierna: ROVL 2011), opgesteld door de Nederlandse Stichting voor Verlichtingskunde (NSVV). In de aanbestedingsstukken wordt evenwel op geen enkele plaats aansluiting gezocht bij deze richtlijn. In de ROVL 2011 is een norm gegeven voor een gelijkmatige lichtverdeling tussen twee lichtmasten, de zogenaamde 'minimale gelijkmatigheidsnorm'. Deze norm is vastgesteld op 0,2.

4.23. Naar aanleiding van het antwoord van de gemeente in de Nota van Inlichtingen heeft [eiser] lichtberekeningen laten uitvoeren, waarbij de hiervoor genoemde minimale gelijkmatigheidsnorm van 0,2 tot uitgangspunt is genomen. De door de gemeente voorgeschreven standaardarmaturen van Schröder voldoen aan die norm bij een afstand van maximaal 48 meter tussen twee lichtmasten. Voor de twee alternatieve typen armaturen (Lebaa en Lightronics) geldt dat die slechts bij een veel kleinere afstand tussen twee lichtmasten aan de minimale gelijkmatigheidsnorm kunnen voldoen. Voor Lebaa armaturen

bedraagt die afstand tussen twee lichtmasten maximaal 43 meter en voor Lightronics armaturen slechts 40 meter. Bij een onderlinge afstand van 48 meter behaalt Lebaa een gelijkmatige lichtverdeling van 0,153 en Lightronics een gelijkmatige lichtverdeling van 0,124. Dit betekent dat er bij gebruik van Lebaa of Lightronics armaturen meer stuks armaturen nodig zijn om hetzelfde lichtbeeld (dezelfde gelijkmatige lichtverdeling) te bewerkstelligen langs de wegen in Epe die ingevolge de opdracht moeten worden onderhouden dan bij Schröder armaturen het geval is. [eiser] heeft hieruit de conclusie getrokken dat feitelijk alleen de Schröder armatuur voldoet aan de besteisen. Om die reden heeft zij ook ingeschreven met Schröder armaturen.

4.24. Deze conclusie vindt bovendien bevestiging in het door de gemeente overgelegde rapport 'Marktonderzoek armaturen' van het Nederlands Licht Instituut van 5 april 2017. Uit bijlage 2 (Lichtberekeningsresultaten) volgt namelijk dat de Lebaa armaturen op de Vaassenseweg en de Lightronics armaturen op de Eekterweg een gelijkmatigheid behalen van 0,19 (19% Uh).

4.25. De vraag is nu of voor een (andere) behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver duidelijk was dat de in de Nota van Inlichtingen opgenomen zinsnede "de genoemde alternatieven dienen de zelfde lichtsterkte te leveren" ziet op de minimale gelijkmatigheidsnorm van 0,2. De voorzieningenrechter beantwoordt deze vraag ontkennend. Uit het rapport van het Nederlands Licht Instituut kan worden afgeleid dat er met betrekking tot de lichtsterkte verschillende normen/waarden bestaan, dan wel manieren van meten worden gehanteerd, zoals 'gemiddelde horizontale verlichtingssterkte' (Egem), 'minimum horizontale verlichtingssterkte' (Emin), 'gelijkmatigheid' (Uh) en 'zichtbaarheid omgeving Ev' (lux). Hieruit volgt dat 'dezelfde lichtsterkte leveren' vanuit verschillende oogpunten kan worden gezien.

4.26. Overigens merkt de voorzieningenrechter op dat het rapport van het Nederlands Licht Instituut op verzoek van de gemeente eerst is opge maakt in het kader van deze kort gedingprocedure en in ieder geval op geen enkele manier ten tijde van de aanbesteding kenbaar is geweest voor de inschrijvers. Veelzeggend is in dit verband de stelling van de gemeente ter zitting dat als [eiser] tijdens de inlichtingenronde zou hebben gevraagd naar het voorafgaande marktonderzoek en de ge-

lijkwaardigheidsbeoordeling die in dat kader is uitgevoerd, de gemeente zou hebben geantwoord langs de lijnen van het – toen nog niet opgestelde – rapport over dat marktonderzoek.

4.27. Alles overziend is naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter niet duidelijk wat precies wordt bedoeld met de besteksposten 210060, 220020 en 250010 in combinatie met het antwoord op vraag 5 in de Nota van Inlichtingen. Daarmee zijn niet alle voorwaarden en modaliteiten van de onderhavige aanbestedingsprocedure in de aanbestedingsstukken geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, opdat enerzijds alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde wijze kunnen interpreteren, en anderzijds de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria die op de betrokken opdracht van toepassing zijn. Aldus is sprake van strijd met het gelijkheids- en transparantiebeginsel. Dat in § 01 14 06 van het bestek is bepaald dat de aannemer voor de verlichtingsarmaturen de keuze heeft om een gelijkwaardig product te gebruiken, dat de producten welke de opdrachtgever als gelijkwaardig beschouwt zijn benoemd in deel 2.2 van dit bestek en dat de opdrachtgever na uitgebreid marktonderzoek heeft vastgesteld dat deze drie producten passen binnen het beheer areaal/plan en voldoen aan de specifieke functionele, technische en esthetische eisen van de gemeente Epe, doet hieraan niet af. Dit marktonderzoek was op dat moment immers nog niet schriftelijk vastgesteld en dus op geen enkele wijze kenbaar en verifieerbaar voor de inschrijvers.

4.28. De gemeente stelt nog dat zij in de aanbestedingsstukken tot uitdrukking heeft gebracht dat het aan de gegunde inschrijver (namelijk de opdrachtnemer/aannemer) is om een keuze te maken voor de standaard armatuur van Schröder, of voor het alternatieve armatuur van Lebaa of Lightronics. Nergens is bepaald dat de inschrijver de gelijkwaardigheid van de alternatieve armaturen in zijn inschrijving al zou moeten aantonen, aldus de gemeente.

4.29. Deze stelling is aanbestedingsrechtelijk onhoudbaar. Gelet op het gelijkheids- en transparantiebeginsel dient iedere inschrijver op het moment van inschrijving – en niet pas na gunning – aan

alle bestekeisen (die volgen uit alle aanbestedingsstukken, waaronder de Nota van Inlichtingen) te voldoen.

4.30. De gemeente voert verder nog het zogenaamde ‘Grossmann-verweer’. Volgens de gemeente had [eiser] tijdig moeten klagen over vermeende onrechtmatigheden en heeft [eiser], nu zij dit niet heeft gedaan, haar recht verwerkt om in dit stadium van de aanbestedingsprocedure alsnog te klagen over de vermeende ongelijkwaardigheid van de armaturen van Lebaa en Lightronics en/of over het feit dat de eisen voor een gelijkwaardig alternatief niet op een eenduidige wijze in de aanbestedingsstukken zouden zijn vermeld.

4.31. De voorzieningenrechter overweegt in dit verband het volgende. Naar aanleiding van een verschil in beschrijving van de technische eigenschappen van de armaturen is ter verduidelijking een nadere vraag gesteld door [eiser]. Het antwoord van de gemeente was zoals hiervoor overwogen niet ondubbelzinnig. De gemeente heeft echter een nadere vragen-/inlichtingenronde niet noodzakelijk geacht, zo volgt uit het antwoord op een vraag van een van de inschrijvers in de Nota van Inlichtingen: *“Ondanks het aantal gestelde vragen geeft de inhoud van de vragen en daaruit voortkomende wijzigingen naar de mening van de opdrachtgever geen aanleiding tot het faciliteren van een extra ronde voor het verstrekken van inlichtingen.”* Er was dan ook geen mogelijkheid voor [eiser] om naar aanleiding van het bewuste antwoord van de gemeente om nadere verduidelijking te verzoeken. Van ontijdig klagen is dan ook geen sprake.

4.32. Ten slotte overweegt de voorzieningenrechter nog het volgende. Als veronderstellenderwijs wordt uitgegaan van de juistheid van de stellingen van de gemeente, dat de armaturen van Lebaa en Lightronics gelijkwaardig zijn aan de armaturen van Schröder, valt niet in te zien waarom zij in de Nota van Inlichtingen aangeeft dat de producten van Lightronics en Lebaa als alternatief worden geaccepteerd en dat het dus aan de opdrachtnemer is om aan te tonen dat deze materialen voldoen aan, of overeenkomen met, de eisen zoals gesteld aan het voorgeschreven product, de Schröder armatuur. Het had in dat geval meer voor de hand gelegen dat de gemeente had volstaan met de simpele constatering dat ze alle drie voldoen.

4.33. Het voorgaande betekent dat de subsidiaire vordering voor toewijzing gereed ligt, met dien verstande dat de gemeente tot heraanbesteding dient over te gaan indien en voor zover zij de opdracht nog wenst te gunnen.

4.34. De gemeente zal als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van [eiser] worden begroot op:

- dagvaarding € 80,42
- griffierecht € 618,00
- salaris advocaat € 816,00

Totaal € 1.514,42

4.35. De gevorderde veroordeling in de nakosten is in het kader van deze procedure slechts toewijsbaar voor zover deze kosten op dit moment reeds kunnen worden begroot. De nakosten zullen dan ook worden toegewezen op de wijze zoals in de beslissing vermeld.

5 De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. verbiedt de gemeente tot gunning van de opdracht aan [naam 4] over te gaan,

5.2. gebiedt de gemeente de beslissing tot voorlopige gunning van 7 april 2017 in te trekken,

5.3. gebiedt de gemeente tot heraanbesteding over te gaan waarbij [eiser] uitgenodigd dient te worden een inschrijving te doen, een en ander voor zover de gemeente de opdracht nog wenst te gunnen,

5.4. veroordeelt de gemeente in de proceskosten, aan de zijde van [eiser] tot op heden begroot op € 1.514,42, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW over dit bedrag met ingang van de veertiende dag na betekening van dit vonnis tot de dag van volledige betaling,

5.5. veroordeelt de gemeente in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 131,00 aan salaris advocaat, te vermeerderen, onder de voorwaarde dat de gemeente niet binnen 14 dagen na aanschrijving aan het vonnis heeft voldaan en er vervolgens betekening van de uitspraak heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 68,00 aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van de uitspraak, en te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW over de nakosten met ingang van veertien dagen na de betekening van dit vonnis tot aan de voldoening,

5.6. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad,

5.7. wijst het meer of anders gevorderde af.

NOOT

Het intrekken / opnieuw nemen van een gunningsbeslissing in het licht van het aanvulverbod van KPN/Staat

De Rechtbank Gelderland overweegt dat als een aanbesteder een ongeldigheidsgrond over het hoofd ziet, zij de daarna genomen voorlopige gunningsbeslissing mag intrekken en een nieuwe beslissing mag nemen. De aanbesteder dient dan wel een nieuwe standstill termijn in acht te nemen. De aanbesteder zou zelfs gehouden zijn tot een dergelijke herziening over te gaan, aangezien: “[h]et aanbestedingsrechtelijke gelijkheidsbeginsel laat het niet toe dat een opdracht (eventueel) wordt gegund aan een inschrijver die een ongeldige inschrijving heeft gedaan.” (overweging 4.4). Deze overweging komt niet geheel uit de lucht vallen. In vroegere jurisprudentie zijn (naar inhoud) vergelijkbare overwegingen te vinden.¹ De Gelderse rechter overweegt daartoe expliciet dat daaruit: “(...)niet [kan] worden afgeleid dat een bij een nadere beoordeling van de inschrijving opgekomen ongeldigheid niet alsnog kan worden meegenomen.” Naar aanleiding van deze passage komt de vraag op in hoeverre het aanvulverbod terzijde kan worden geschoven met een beroep op het gelijkheidsbeginsel sec; dan wel door aanvullen van de gunningsbeslissing, dan wel door intrekken en opnieuw beslissen. Ik zal betogen dat voor beide handelingen een novum nodig

1 Rb. Den Haag 10 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:4824, «JAAN» 2015,144 m.nt. Boot, ro. 4.3 en Rb. Den Haag 24 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:4806, «JAAN» 2015,144 m.nt. Boot, ro. 4.2 (paspoortbalies) en Rb. ZWB 19 november 2014, «JAAN» 2015/178 m.nt. Van Heeswijck. Zie ook Mutsaers in zijn noot bij KPN/Staat («JAAN» 2013/6).

De Gelderse rechter lijkt dus met een simpele verwijzing naar het gelijkheidsbeginsel voorbij te gaan aan het aanvulverbod van KPN/Staat. (noot: HR 7 december 2012, «JAAN» 2013/6 m.nt. Mutsaers, ro. 3.8/3.14. Zie ook de conclusie, ov. 4.27 t/m 4.36.

is. Ik zal echter ook concluderen dat het niet opportuun is dat (de werking van) het aanvulverbod voorrang geniet op het gelijkheidsbeginsel.

Het aanvulverbod van KPN/Staat

Uit KPN/Staat vloeit voort dat een eenmaal genomen gunningsbeslissing niet mag worden aangevuld (het "aanvulverbod").² De aanbestedder mag de in de gunningsbeslissing aangedragen gronden wel toelichten en concretiseren.³ Een uitzondering op het aanvulverbod is mogelijk als de aanbestedder daartoe "bijzondere redenen of omstandigheden" aanvoert. De Hoge Raad benadrukt in KPN/Staat evenwel dat deze

redenen/omstandigheden niet gebaseerd kunnen zijn op "hetzelfde feitencomplex" als dat ten grondslag ligt aan de aanvankelijke gunningsbeslissing. Het feit dat de aanvulling voortvloeit uit omstandigheden die liggen "in het domein van de inschrijver" kan daar niet aan af doen.

In de jurisprudentie komt naar voren dat de redenen / omstandigheden gelegen kunnen zijn in het feit dat de aanbestedder tot een herbeoordeling van de inschrijvingen is bevolen én de inschrijving vervolgens onder de voorgeschreven kwaliteit duikt.⁴ Een ander precedent betreft de omstandigheid dat de winnende inschrijver niet in staat is gebleken de bewijsstukken toe te sturen (ex art. 2.101/102 Aw).⁵ In de overige jurisprudentie kunnen ook precedents worden gevonden waarin het aanvulverbod overeind blijft ondanks het feit dat alsnog een grond is opgekomen die tot ongeldigheid van de inschrijving zou moeten leiden.⁶

- 2 In de juridische praktijk wordt het aanvulverbod ook breder getrokken, bijvoorbeeld naar een beslissing van een aanbestedder om de aanbestedingsprocedure in te trekken (Rb. Midden-Nederland 11 januari 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:280, «JAAN» 2017/81 m.nt. Van Heeswijck, ro. 4.8 en 15 februari 2013, ECLI:NL:RBMNE:BZ1349, ro. 4.174. Anders voor besluit tot intrekking aanbesteding: Rb. Den Haag 10 oktober 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:15717, «JAAN» 2014/9 m.nt. Damsma/Lombert, ro. 3.2. Voor een voorbeeld van toepassing op een private aanbesteding: Rb. Den Haag 16 januari 2013, «JAAN» 2013/67. Overigens weigert het CbB de leer toe te passen op bestuursrechtelijke geschillen (vgl. Cbb 9 augustus 2016, ECLI:NL:CBB:2016:198, «JAAN» 2016/193, ro. 5.1.3).
- 3 Het is evenwel altijd een lastige beoordeling of sprake is van een toelichting, dan wel van een verboden aanvulling. Voorbeelden van oordeel dat sprake is van een toelichting: Rb. Den Haag 27 juni 2016, ECLI:NL:RBDHA:7130, «JAAN» 2016/205, ro. 4.6, Rb. Gelderland 10 juni 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:4344, «JAAN» 2014/154 m.nt. Chen, ro. 4.11, Rb. Noord-Nederland 6 juni 2014, ECLI:NL:RBNHO:2013:8950, «JAAN» 2014/7 m.nt. Zeelenberg, ro. 4.6. en Rb. Den Haag 17 januari 2014, «JAAN» 2014/53, ro. 3.13. Zie ook Rb. Rotterdam 26 april 2013, «JAAN» 2013/126 m.nt. Ritsema van Eck, ro. 4.30 (later aangegeven dat een negatief punt niet is meegevoerd in de beoordeling). Een voorbeeld waarin werd aangegeven dat geen sprake was van een toelichting, maar van een nieuwe grond: Rb. Den Haag Den Haag 4 september 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:11444, «JAAN» 2013/199 m.nt. Zeelenberg, ro. 4.4/4.6 en Rb. Midden-Nederland 30 januari 2013, «JAAN» 2013/77 m.nt. Zweers-te Raaij, ro. 4.8.

- 4 Voor een goede interpretatie van dit precedent is het van belang voor ogen te houden dat de aanbestedingsstukken een minimale kwaliteitscore voorschreven, zulks op straffe van ongeldigheid als die score niet zou worden gehaald. Zie Rb. Den Haag 30 november 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:14795, «JAAN» 2017/27, ro. 4.9 (Sweco). Zie ook Rb. Den Haag 27 september 2016, ECLI:NL:RBDHA:11854, «JAAN» 2016/141, ro. 4.3 (Woutsend).
- 5 Dat zal veelal het geval zijn bij uitsluitingsgronden, aangezien de aanbestedder geen bewijsstukken mag vragen als hij/zij in de eigen verklaring kan vragen naar die gegevens / inlichtingen (ex artikel 2.85 lid 2 Aw). Vergelijk Rb. Den Haag 5 februari 2013, «JAAN» 2013/96 m.nt. Chen, ro. 4.6 en Gerechtshof Den Haag 3 september 2013, «JAAN» 2013/172 m.nt. Van der Velden, ro. 3.1.
- 6 Vergelijk Rb. Den Haag 20 juni 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:6854, «JAAN» 2016/202 m.nt. Van Wijk / Cornelissen, ro. 5.2, Rb. Den Haag 5 februari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ4192, «JAAN» 2013/96, ro. 4.6, Rb. ZWB 30 januari 2013, «JAAN» 2013/76 m.nt. Zweers-te Raaij, ro. 3.5 en Rb. Gelderland 28 augustus 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:4134, «JAAN» 2013/207 m.nt. Van Nisselroij, ro. 4.6. Zie ook Rauws in «JAAN» 2015/16, Van Heeswijck in «JAAN» 2015/178 en Zeelenberg in «JAAN» 2013/209.

Deze jurisprudentie past ook bij de conclusie bij KPN/Staat. AG Keus overweegt: *“ik zie niet in waarom bij uitsluiting en/of ongeldigverklaring van zijn inschrijving (...) met een minder volledige motivering zou mogen volstaan c.q. die motivering later zou mogen aanvullen zonder te verantwoorden waarom niet aanstonds een volledige motivering is gegeven.”*⁷

Uit voornoemde overwegingen in KPN/Staat en genoemde jurisprudentie kan dus worden afgeleid dat voor een uitzondering op het aanvulverbod een tussen de aanvankelijke beoordeling en het moment van aanvullen ontstaan novum nodig is. Immers, het gaat om *“hetzelfde feitencomplex”* als de gunningsbeslissing aangevuld wordt met gronden die de aanbesteder bekend had kunnen zijn bij de beoordeling. Dat lijkt dus niet anders als de nieuwe grond eigenlijk tot ongeldigheid van de inschrijving zou hebben moeten leiden.

Wel op grond van het gelijkheidsbeginsel intrekken / nemen nieuwe gunningsbeslissing?

Aanbesteders hebben op verschillende manieren getracht aan het aanvulverbod te ontkomen. Eén manier betreft dus het intrekken van de gunningsbeslissing en het nemen van een nieuwe beslissing. De Gelderse rechter sauveert deze handelswijze en overweegt daartoe dus dat het gelijkheidsbeginsel eraan in de weg staat dat een ongeldige inschrijving wordt geselecteerd. In 2015 kwam de Rechtbank Den Haag nog tot een vergelijkbare conclusie in de voornoemde jurisprudentie omtrent de paspoortbalies (voetnoot 1).

De Rechtbank Den Haag oordeelde een jaar later echter dat KPN/Staat niet valt te rijmen met het standpunt dat het gelijkheidsbeginsel per definitie er aan in de weg staat dat een ongeldige inschrijving wordt geselecteerd. De rechtbank overweegt: *“Daaruit [het aanvulverbod van KPN/Staat] valt af te leiden dat aan een inschrij-*

*ver kan worden gegund die (als de nadere gronden worden gezien) met een ongeldige inschrijving heeft ingeschreven.”*⁸

De overweging van de Gelderse rechter (en de Rechtbank Den Haag in de paspoortbaliekwesties) dat het gelijkheidsbeginsel het aanvulverbod te allen tijde terzijde schuift, overtuigt mij niet. Een ongeclausuleerde voorrang van het gelijkheidsbeginsel op het aanvulverbod rijmt in ieder geval niet met de bovenvermelde uit de (overige) jurisprudentie gedestilleerde observatie dat een uitzondering op het aanvulverbod alleen mogelijk is als sprake is van een novum. Ik zie niet in waarom dat anders zou moeten zijn voor de de facto identieke situatie waarin de gunningsbeslissing wordt ingetrokken en een nieuwe beslissing wordt genomen. Ook in dat geval zouden aanbesteders immers erop kunnen “gokken” dat zij de aanvankelijke gunningsbeslissing nog altijd kunnen aanvullen. De Gelderse rechter legt dat verschil in ieder geval niet uit.

De overweging omtrent de absolute strekking van het gelijkheidsbeginsel past wat mij betreft ook niet bij de wetgeschiedenis van (de voorlopers van) artikel 2.130 Aw. De wetgeschiedenis die de Hoge Raad ook aan zijn rechtsoordeel ten grondslag legt in *KPN/Staat*. De Hoge Raad verwijst naar het feit dat de Nederlandse wetgever ervoor heeft gekozen aanbesteders te verplichten *alle ‘relevante redenen’* op te nemen in de gunningsbeslissing. Een effectieve en afschrikwekkende sanctie op naleving van die verplichting zou ontbreken als aanbesteders het aanvulverbod vervolgens terzijde zouden kunnen schuiven met een simpele verwijzing naar het gelijkheidsbeginsel. De afwezigheid van een sanctie zou de kracht van motiveringsplicht van artikel 2.130 Aw in ieder geval flink afzwakken.

7 Conclusie A-G Keus, ov. 4.30.

8 Rb. Den Haag 24 augustus 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:11210, «JAAN» 2016/233. Eerder kwam diezelfde rechtbank al tot een vergelijkbare conclusie in Rb. Den Haag 4 september 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:11444, «JAAN» 2013/209 m.nt. Zeelenberg. Vergelijk ook Rb. ZWB 30 januari 2013, «JAAN» 2013/76 m.nt. Zweers-te Raaij, ro. 3.5.

Daarnaast kan het intrekken/opnieuw beslissen een onnodige juridisering van de procedure bewerkstelligen. De ratio achter artikel 2.130 Aw is het aan gepasseerde inschrijvers bieden van voldoende houvast omtrent de vraag of het entameren van een juridische procedure zin heeft en het daarmee voorkomen dat inschrijvers op basis van “twijfel” over de rechtmatigheid van de gunningsbeslissing tot dergelijke procedures overgaan.⁹ In *KPN/Staat* stipt de Hoge Raad deze omstandigheid aan ter onderbouwing van het aanvulverbod. Ik zie niet in waarom dat anders zou zijn ten aanzien van het intrekken / opnieuw beslissen.

Alhoewel voorzichtigheid geboden is in verband met een aantal tegenstrijdige precedentes in de jurisprudentie (waaronder dus nu ook het voorliggende vonnis van de Gelderse rechter), kan c.q. moet wat mij betreft de conclusie worden getrokken dat het intrekken en opnieuw nemen van een gunningsbeslissing (en daarin de klagende inschrijver alsnog ongeldig verklaren) niet is toegestaan als het aanvulverbod van *KPN/Staat* van toepassing zou zijn.

Belangen andere (geldige) inschrijvers?

Aanbesteders passen ook praktische escapes toe om onder het aanvulverbod uit te komen. Een voorbeeld betreft het influisteren van de nieuwe grond bij andere inschrijvers.¹⁰ Voorzieningenrechtelijke sauveren deze “praktijken” veelal en wijzen daarbij op het belang van de interveniërende andere inschrijver.¹¹ Dergelijke

een-tweetjes zouden wat mij betreft niet kunnen worden aanvaard met louter een verwijzing naar fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht, zoals het gelijkheidsbeginsel of het belang van andere inschrijvers. Voorts komt de aanbesteder dan weg met een situatie die zij feitelijk zelf in het leven heeft geroepen, namelijk door niet direct al zorgvuldig te motiveren en alle gronden te communiceren. Niettemin vloeit uit deze jurisprudentie voort dat het belang van de interveniërende andere inschrijvers een rol kan spelen bij de vraag of aanbesteders een voorlopige gunningsbeslissing kunnen repareren als daaraan niet de vereiste zorgvuldigheid ten grondslag is gelegd.

Ik vraag mij echter af of dergelijke belangen in alle gevallen zou moeten leiden tot het terzijde schuiven van het aanvulverbod. Immers, als het onzorgvuldig handelen van de aanbesteder uiteindelijk tot gevolg zou hebben dat de opdracht aan de neus van een dergelijke partij voorbij gaat (bijvoorbeeld na intrekken / heraanbesteden, waarover verderop meer), kan deze partij de aanbesteder in beginsel aansprakelijk stellen ex artikel 6:162 BW. Daarmee zeg ik overigens niet dat als het aanvulverbod van toepassing is de aanbesteder daadwerkelijk moet/kan gunnen in strijd met het gelijkheidsbeginsel of dat een geadieerde voorzieningenrechter een vordering tot gunning van de opdracht van de klagende inschrijver dan één op één moet toewijzen.

Feit blijft immers dat de klagende inschrijver ongeldig heeft ingeschreven en het onrechtmatig is in strijd met de gestelde bestekseisen te gunnen.¹² Daar kan de mogelijkheid van een schadevergoeding voor de ten onrechte gepasseerde inschrijver niet aan af doen. In het geval het aanvulverbod niet terzijde kan worden geschoven én de inschrijving van de klagende inschrijver in den gronde ongeldig is, wordt wat mij betreft dan ook tot de conclusie gekomen dat een niet te omzeilen deadlock is ontstaan. De vraag is wat de aanbesteder en/of een geadieerde voorzieningenrechter dan te doen staat.

⁹ Vergelijk ook CvAE 28 februari 2017, Advies 287, rn. 5.2 en *Kamerstukken II* 2008/09 32 027, nr. 3, p. 7.

¹⁰ Het is voor de winnaar nodig om in dit kader tussen te komen en niet te voegen. Immers, een voegende partij mag niet zelfstandig opwerpen wat de eigenlijke procespartij niet mag (HR 6 november 2015, ECLI 2015:3241 en Gerechtshof Den Haag 1 december 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4943, «JAAN» 2016/11, ro. 6.9).

¹¹ Rb. Rotterdam 10 november 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9450, «JAAN» 2015/16 m.nt. Rauws, ro. 4.9, Rb. Rotterdam 6 januari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:367, «JAAN» 2017/64, ro. 4.9 en Rb. Rotterdam 6 april 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:2605, ro. 4.15. Zie ook voornoemde jurisprudentie ten aanzien van de paspoortbalies.

¹² Vgl HvJ EU 22 juni 1993, C-243/89 (*Storebaelt*), ro. 37.

Een evenwichtige oplossing?

Een oplossing zou kunnen zijn dat het aanvullen van de gunningsbeslissing wordt aanvaard als de aanbesteder aanbiedt de integrale proceskosten van de klagende inschrijver te vergoeden. Daarmee wordt de klager dan in de positie gebracht waarin hij/zij zou hebben verkeerd als de gunningsbeslissing van meet af aan deugdelijk zou zijn onderbouwd. Een gebod tot vergoeding van de integrale proceskosten zou ook een oplossing kunnen zijn voor voorzieningenrechters die de belangen van alle betrokken partijen moeten afwegen en een knoop moeten doorhakken.¹³

De vraag is echter of een integrale proceskostenvergoeding een voldoende afschrikwekkende sanctie op het motiveringsgebod ex artikel 2.130 Aw vormt, zulks gelet op de uitdrukkelijke wens van de wetgever dat alle relevante redenen worden opgenomen in de gunningsbeslissing teneinde onnodige juridisering van de aanbestedingsprocedure te voorkomen (voornoemd). In dat kader zou een te exploreren mogelijkheid kunnen zijn dat de aanbesteder de aanbestedingsprocedure intrekt/staakt en uiteindelijk tot heraanbesteding overgaat.

De aanbesteder dient intrekken/staken te motiveren.¹⁴ De motivering voor het intrekken/staken ligt dan in het feit dat een deadlock is ontstaan tussen het gelijkheidsbeginsel / aanvulverbod en de aanbesteder binnen de geëntameerde aanbestedingsprocedure dus niet tot gunning kan komen. Het intrekken adresseert voorts ook het gelijkheids- en het transparantiebeginsel. Het gelijkheidsbeginsel vanwege het niet passe-

ren van bestekseisen, het transparantiebeginsel vanwege het eerbiedigen van het aanvulverbod.^{15, 16}

In het geval de opdracht in de procedure na heraanbesteding niet aan de “eigenlijke” winnaar (van de eerste aanbestedingsprocedure) wordt gegund, zou deze partij dan de aanbesteder aansprakelijk kunnen stellen voor de daarvoor geleden schade. De onrechtmatigheid schuilt dan in het in de aanvankelijke procedure niet naleven van artikel 2.130 Aw, althans het daarin gecodificeerde motiveringsbeginsel.¹⁷ De causaliteit in het feit dat deze partij daardoor de opdracht niet gegund heeft gekregen, waar zij dat anders wel zou hebben gekregen.

Conclusie

Het lijkt geen vanzelfsprekendheid dat het gelijkheidsbeginsel voorrang geniet op het aanvulverbod. Dat is niet anders als de aanvankelijke voorlopige gunningsbeslissing wordt ingetrokken en een nieuwe gunningsbeslissing wordt genomen (met nieuwe standstill termijn). Niettemin biedt de jurisprudentie precedenten waarin aan het aanvulverbod wordt ontkomen door het intrekken en nemen van een nieuwe beslissing. Het belang van andere kan in dit ka-

13 Vgl. Rb Rotterdam 3 december 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9809, «JAAN» 2015/22 m.nt. Van der Velden, ro. 4.10. De ruimte voor een proceskostenvergoeding (ex artikel 23/24 Rv) zal in 99/100 gevallen aanwezig zijn op grond van de veelal “standaard” door de klagende inschrijver ingestelde vordering tot het vergoeden van zijn/haar proceskosten.

14 Vgl. HvJ EU 11 december 2014, C-440/13 (Croce Amica), ro. 34/35.

15 In het kader van intrekken relevante vragen zijn nog wel of intrekken van de aanbestedingsprocedure überhaupt nog mag als eenmaal een gunningsbeslissing is genomen, een kort geding aanhangig is gemaakt, de voorzieningenrechter eenmaal tot gunning heeft bevolen en of het intrekken van de aanbestedingsprocedure proportioneel / evenredig is gelet op het feit dat de aanbesteder bijvoorbeeld de klagende inschrijver ook een (integrale) proceskostenvergoeding kan aanbieden en dus wellicht een effectieve, maar minder vergaande maatregel mogelijk is. Deze vragen laat ik omwille van het onderwerp van deze noot voor nu evenwel rusten.

16 De vraag of de aanbestedende dienst mag heraanbesteden zonder een wezenlijke wijziging door te voeren, laat ik gelet op het onderwerp van deze noot ook onbesproken.

17 Een beginsel dat voortvloeit uit het fundamentele transparantiebeginsel (Vgl. *Kamerstukken II 2009/10 32 440*, nr. 3, p. 51/5).

der nog een rol vervullen. Andere inschrijvers kunnen er dus goed aan doen te interveniëren en hun belangen daarbij naar voren te brengen.

A.H. Klein Hofmeijer,
advocaat, op eigen titel

163

Voorzieningenrechter Rechtbank Gelderland
2 mei 2017, nr. 316474 KG ZA 17-113,
ECLI:NL:RBGEL:2017:2913
(mr. Boonekamp)

Best Value Procurement. (On-)geldigheid inschrijving. Herbeoordeling. Uitleg. Beoordelingsmethodiek.

Het Waterschap Rivierenland (hierna: Waterschap) heeft op 16 december 2016 een Europese aanbesteding uitgeschreven voor de inkoop van cateringdiensten, waarbij gebruik is gemaakt van de Best Value Procurement systematiek.

Naar aanleiding van de uitgeschreven opdracht heeft op 6 januari 2017 een voorlichtingsbijeenkomst en een zogenaamde schouw plaatsgevonden. Tijdens de bijeenkomst heeft het Waterschap een presentatie gegeven.

Eiseres is de huidige leverancier van het Waterschap, zij heeft op de aanbesteding ingeschreven en heeft daarbij onder meer een prestatieonderbouwing, een risicodossier en een kansendossier aan het Waterschap overgelegd. Bij brief van 9 februari 2017 heeft het Waterschap aan eiseres een afwijzing van haar inschrijving gestuurd.

Uitleg

De eerste vraag die partijen verdeeld houdt is hoe de opdracht in de aanbestedingsleidraad staat vermeld en op welke wijze die opdracht moet worden begrepen. In de aanbestedingsleidraad zijn vier doelstellingen geformuleerd. In twee van de vier doelstellingen wordt de term gezond met betrekkelijk veel nadruk genoemd. Daarnaast wordt in doelstelling A gesproken van 'trendsettend'. Die term kan niet anders betekenen dan dat het Waterschap vanaf het moment dat zij een nieuwe cateringovereenkomst aangaat een bepaalde trend wil inzetten. Kennelijk wil zij dit mede bereiken door gezonde voeding aan te bieden. In doelstelling D wordt vervolgens nogmaals gesproken over gezon-

de voeding en daarnaast over duurzaamheid en reductie van CO2. Op basis van deze doelstellingen kan niet anders worden geconcludeerd dan dat een sterke nadruk wordt gelegd op gezondheid en duurzaamheid.

De voorzieningenrechter is dan ook van oordeel dat iedere normaal oplettende en goed geïnformeerde inschrijver op basis van de aanbestedingsleidraad mocht begrijpen dat het Waterschap in belangrijke mate heeft gevraagd naar een investering in gezondheid en duurzaamheid, ook in productiewijze. Het is dan ook niet verwonderlijk dat eiseres het bepaalde in de aanbestedingsleidraad ook op die manier heeft opgevat en dus heeft gemeend dat van haar werd verwacht dat zij met een qua gezondheid en duurzaamheid wezenlijk ander aanbod zou komen dan zij in haar huidige assortiment aanbiedt. Dat kan het Waterschap niet pareaan met de stelling dat eiseres iets anders uit de leidraad heeft begrepen dan dat het Waterschap bedoelde. Deze aspecten nemen niet weg dat in de leidraad ook nog doelstellingen B en C worden genoemd. De leidraad brengt echter geen rangorde in de doelstellingen aan, zodat ervan moet worden uitgegaan dat alle vier de doelstellingen van gelijk gewicht zijn. Het verweer van het Waterschap dat eiseres de leidraad verkeerd heeft begrepen door zich in haar aanbieding te richten op gezonde voeding gaat dan ook niet op.

Beoordeling risicodossier

Het Waterschap heeft het risicodossier van eiseres met een onvoldoende beoordeeld, door risico drie en vier als onrealistisch en zeer zwak aan te merken.

Het Waterschap kan niet zeggen dat wanneer een inschrijver een risico in het behalen van de projectdoelstellingen noemt, die inschrijver daarmee het risico teruglegt bij het Waterschap, omdat het Waterschap volgens haar eigen systematiek sowieso al dat risico draagt. Daarnaast is het Waterschap van de onjuiste veronderstelling uitgegaan dat met de door eiseres genoemde beheersmaatregel het Waterschap aan zet is. Uit de tekst van de risicodossier en hetgeen hierover ter zitting naar voren is gebracht, is aannemelijk dat de beheersmaatregel door eiseres zelf zal worden uitgevoerd, zodat deze maatregel er niet toe kan leiden dat het Waterschap het geformuleerde risico zelf moet gaan beheersen. Dat risico drie niet aan de voorgeschreven vereisten voldoet en daardoor onrealistisch is, kan daarom in redelijkheid niet juist worden genoemd.

Het Waterschap heeft risico 4 en de beheersmaatregel als zeer zwak beoordeeld, omdat de wekelijkse rapportage die in de beheersmaatregel wordt genoemd sowieso al dient te worden verstrekt en, nu de maatregel daardoor in feite niets voorstelt, het risico ook niet aanwezig is. De voorzieningenrechter is van oordeel dat ook hier het Waterschap van een onjuiste veronderstelling uitgaat, namelijk dat de wekelijkse rapportage zonder extra toevoegingen in de toch al verplichte vorm zal worden verstrekt. Nu eiseres aannemelijk heeft gemaakt dat zij wel een extra element in die rapportage zal opnemen om het risico op geen, althans te late communicatie over wijzigingen in de personele sfeer te beheersen, is het niet juist om te concluderen dat de beheersmaatregel niets voorstelt en het risico daardoor niet bestaat. Gelet hierop, heeft ook de beoordeling van risico vier niet juist plaatsgevonden.

Beoordelingssystematiek

Afgezien van het feit dat het Waterschap het risicodossier van eiseres inhoudelijk onjuist heeft beoordeeld, is niet gebleken dat zij de daarbij toegepaste beoordelingssystematiek heeft miskend. De systematiek is kennelijk zo dat het hele risicodossier wordt beoordeeld en dat daarna een eindbeoordeling wordt gegeven die neerkomt op een neutrale beoordeling, een negatieve of een positieve. Dit kan ook betekenen dat als drie risico's als neutraal worden beoordeeld en één risico als negatief, de totaalscore negatief is. In dat licht valt niet in te zien dat het Waterschap een onjuiste beoordelingssystematiek heeft toegepast, daargelaten dat de inhoudelijke beoordeling niet juist is.

Ten aanzien van de gehanteerde beoordelingssystematiek betreft eiseres verder nog de stelling dat het kansendossier niet door het Waterschap is beoordeeld, terwijl dat volgens de systematiek wel had moeten. Ter zitting is echter komen vast te staan dat de beoordelingscommissie dit dossier wel heeft beoordeeld, maar dat de uitslag daarvan niet is gecommuniceerd omdat eiseres reeds vanwege het behalen van een onvoldoende voor het risicodossier was uitgesloten en de uitslag van het kansendossier er niet meer toe deed. In ieder geval is duidelijk dat partijen het erover eens zijn dat steeds het prestatiedossier, het kansendossier en het risicodossier moeten worden beoordeeld, voordat de beslissing wordt genomen of een inschrijver door mag naar de interviews.

Slotsom

Dit alles leidt tot de slotsom dat het Waterschap risico drie en vier van het risicodossier van eiseres inhoudelijk onjuist heeft beoordeeld, zodat de primaire vordering van eiseres strekkende tot herbeoordeling zal worden toegewezen. Er dient een nieuwe beoordeling van de inschrijvingen van alle inschrijvers plaats te vinden door een nieuwe beoordelingscommissie met inachtneming van het bepaalde in dit vonnis en de aanbestedingsleidraad. Voor zover het Waterschap reeds een (voorlopige) gunningsbeslissing heeft genomen, mag aan deze beslissing geen uitvoering worden gegeven. Ook de vordering tot het intrekken van de afwijzingsbeslissing zal aldus worden toegewezen.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[eiseres]

gevestigd te [woonplaats],

eiseres,

advocaat mr. G.L. Weerheim te Rotterdam,

tegen

de publiekrechtelijke rechtspersoon

WATERSCHAP RIVIERENLAND,

gevestigd te Tiel,

gedaagde,

advocaat mr. I. van der Hoeven te Middelburg.

De volledige uitspraak is te raadplegen op opmaat.sdu.nl.

164

Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag
4 mei 2017, nr. C-09-528795-KG ZA 17-334,
ECLI:NL:RBDHA:2017:4646
(mr. Hage)

(On-)geldigheid inschrijving. Motivering gunningsbeslissing. Besteksconforme inschrijving. Proportionaliteit uitsluiting. Gelijkheidsbeginsel.

[Aanbestedingsreglement Werken
2012 art. 3.25.1]

De Staat der Nederlanden (hierna: Rijkswaterstaat als onderdeel daarvan) heeft een aanbesteding georganiseerd volgens de niet-openbare procedure conform het Aanbestedingsreglement Werken 2012 in verband met de opdracht tot het engineeren,

uitvoeren en onderhouden van CCTV (Closed Circuit Television) systemen voor scheepvaartbegeleiding bij de verkeersposten Dordrecht, Tiel en Nijmegen. Als gunningscriterium wordt gehanteerd de economisch meest voordelige inschrijving.

Op de aanbesteding hebben in totaal vijf partijen ingeschreven, onder wie Saab technologies B.V. (hierna: Saab), Tein Technology B.V. (hierna: Tein) en Chubb Fire & Security B.V.

Op 5 december 2016 heeft Rijkswaterstaat Saab in de gelegenheid gesteld haar inschrijving te verduidelijken. Vervolgens heeft Rijkswaterstaat Saab bericht dat haar inschrijving ongeldig is omdat de inschrijving niet voldoet aan eis SYS-0078. De inschrijving is ter zijde gelegd.

Rijkswaterstaat heeft nog geen gunningsbeslissing genomen.

De inschrijving van Chubb Fire & Security B.V. – die net als Saab heeft ingeschreven met het systeem IndigoVision – is eveneens terzijde gelegd.

Motivering gunningsbeslissing

Saab kan niet worden gevolgd in haar stelling dat de gunningsbeslissing niet deugdelijk is gemotiveerd. Anders dan Saab kennelijk meent, heeft Rijkswaterstaat – blijkens de inhoud van de brief van 24 februari 2017 – de inschrijving van Saab niet om één, maar om twee redenen terzijde gelegd. De eerste reden is het niet voldoen aan eis SYS-0078 (het werken van de videosever op Linux versie 6 of hoger). De andere is de constatering dat haar inschrijving afwijkt van het blokschema zoals opgenomen in bijlage 2 van de Vraagspecificatie Eisen. Daarmee zijn de redenen van de terzijdelegging – en de onderbouwing ervan – voldoende duidelijk kenbaar gemaakt aan Saab. Dat dat het geval is geweest blijkt ook wel uit de bezwaren die Saab in het onderhavige kort geding naar voren heeft gebracht tegen de gunningsbeslissing.

Besteksconformiteit

In het Aanmeldings- en selectiedocument wordt uitdrukkelijk aangegeven dat het bestaande CCTV systeem – een systeem waarbij de verschillende componenten zijn geïntegreerd – niet aansluit op de toekomstvisie van Rijkswaterstaat en dat wordt verlangd dat wordt ingeschreven met een modulair opgebouwde keten met koppelvlakken op basis van standaarden.

Saab heeft dat – als behoorlijk geïnformeerd en normaal oplettend – inschrijver ook moeten (kunnen) begrijpen. De stelling van Saab dat de opdracht – in dat opzicht – 'functioneel' is uitgevraagd wordt dan ook verworpen.

Saab heeft ingeschreven met een systeem van IndigoVision waarbij de videosever en de videocontroller geen afzonderlijke componenten betreffen maar zijn geïntegreerd in het systeem. Daarmee heeft zij een niet-besteksconform aanbod gedaan en diende Rijkswaterstaat haar inschrijving reeds om die reden – als ongeldig – terzijde te leggen, gelet op het bepaalde in artikel 3.25.1 Aanbestedingsreglement Werken 2012.

Proportionaliteit

Voor zover Saab heeft aangevoerd dat de terzijdelegging van haar inschrijving disproportioneel is wordt daaraan voorbijgegaan. Daarvoor is allereerst van belang dat zij in dat verband in feite enkel heeft gesteld dat eis SYS-0078 van ondergeschikt belang is en de gegrondheid van de terzijdelegging – zoals hiervoor al overwogen – in dit kort geding niet is gelegen in het niet voldoen aan die eis, maar in de omstandigheid dat Saab niet heeft ingeschreven met een modulair CCTV systeem. Voorts staat het in acht te nemen gelijkheidsbeginsel niet toe dat een niet-besteksconforme inschrijving toch als geldig wordt aangemerkt.

Slotsom

De slotsom is dat de vorderingen van Saab reeds op grond van het bovenstaande zullen worden afgewezen.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

SAAB TECHNOLOGIES B.V.,

gevestigd te Apeldoorn,

eiseres,

advocaat mr. J.C. van Vliet te Utrecht,

tegen:

DE STAAT DER NEDERLANDEN,

(ministerie van Infrastructuur en Milieu),

zetelend te Den Haag,

gedaagde,

advocaat mr. A.C.M. Remmé te Utrecht,

waarin zich heeft gevoegd:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

TEIN TECHNOLOGY B.V.,

gevestigd te Amsterdam,

advocaat mr. A.A. Boot te Amsterdam.

De volledige uitspraak is te raadplegen op opmaat.sdu.nl.

165

Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag
22 mei 2017, nr. C-09-529248-KG ZA 17-371,
ECLI:NL:RBDHA:2017:6310
(mr. Van Ham)

Intrekking gunningsbeslissing. (On-)geldigheid inschrijving. Uitsluiting. Niet-ontvankelijkheid. Ondeelbare rechtsverhouding.

[Rv art. 118]

Op 3 oktober 2016 heeft de Politie een Europese aanbesteding aangekondigd voor de levering van brandstofpassen en brandstoffen die kunnen worden afgenomen en aanvullende producten en diensten, behorend bij die brandstofpassen.

XXImo B.V. (hierna: XXImo) heeft ingeschreven op de Opdracht.

De Politie heeft XXImo bericht dat zij voornemens is de Opdracht aan XXImo te gunnen, nadat was gebleken dat XXImo de inschrijving met de beste prijs-kwaliteitsverhouding had gedaan. De Politie bericht voorts dat zij uiterlijk op 9 januari 2017 nog een aantal bewijsstukken van XXImo wenst te ontvangen voordat zij tot gunning overgaat. Bij brief van 2 maart 2017 heeft de Politie de voorlopige gunningsbeslissing van 20 december 2017 ingetrokken wegens het niet voldoen aan eis E39 en is XXImo uitgesloten van de aanbestedingsprocedure.

Niet-ontvankelijk

De Politie heeft als meest verstrekkende verweer aangevoerd dat XXImo niet-ontvankelijk is in haar vorderingen, aangezien zij ten onrechte alleen de Politie en niet ook de Politieacademie heeft gedagvaard. De Politie beroept zich hiermee op de zogenoemde Exceptio plurium litis consortium. Volgens vaste rechtspraak kan dit verweer enkel slagen in geval het een ondeelbare rechtsverhouding betreft. Van ondeelbaarheid van een rechtsverhouding in die zin dat daarover door de rechter slechts kan worden beslist in een geding waarin alle bij deze rechtsverhouding betrokken partij zijn, is sprake indien het rechtens noodzakelijk is dat de beslissing ten aanzien van al die betrokkenen in dezelfde zin luidt. Dit mag slechts worden aangenomen indien aard en inhoud van de rechtsverhouding daartoe nopen. Dat brengt mee dat de vraag of van zodanige ondeelbaarheid kan worden gesproken, zich niet altijd leent voor beantwoording in algemene

zin. De bijzonderheden van het gegeven geval kunnen van doorslaggevende betekenis zijn (HR 26 maart 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC091).

De Politie en de Politieacademie zijn twee aparte rechtspersonen. Zoals de Politie terecht stelt volgt uit bijlage 1 bij de Leidraad uitdrukkelijk dat de Politie mede handelt namens de Politieacademie en dat de Politieacademie deel uitmaakt van de aanbesteding. Daarbij komt dat uit de onder 2.3 geciteerde passages uit de Raamovereenkomst volgt dat de Politie en de Politieacademie gezamenlijk een overeenkomst wensen te sluiten met de winnende inschrijver en dat zij beiden als opdrachtgever dienen te worden aangemerkt. Dit brengt met zich dat na gunning van de Opdracht voor zowel de Politie als de Politieacademie rechten en plichten zullen ontstaan.

Voorts is van belang dat in geval de voorzieningenrechter de vordering van XXImo zou toewijzen, het de Politieacademie vrij zou staan overeenkomsten te sluiten met een andere inschrijver. Gelet op een en ander is de rechtsverhouding tussen de Politie en de Politieacademie naar het oordeel van de voorzieningenrechter processueel ondeelbaar, zowel onderling als in relatie tot de inschrijvers, zodanig dat het rechtens noodzakelijk is dat de beslissing ten aanzien van beiden in dezelfde zin dient te luiden. Dat de Politie, zoals XXImo terecht stelt, op grond van artikel 1.7 Raamovereenkomst bij de uitvoering als vertegenwoordiger van de Politieacademie optreedt, maakt niet dat het de Politieacademie niet vrij zou staan een van de Politie afwijkende gunningsbeslissing te nemen. Zoals XXImo eveneens terecht aanvoert is het kennelijk de bedoeling van de Politie en de Politieacademie geweest om gezamenlijk op te treden, maar nu ook in geval van een volmachtverlening heeft te gelden dat de verbintenis ontstaat tussen de volmachtgever en de derde als wederpartij en de gevolmachtigde hier tussenuit valt, dient er vanuit te worden gegaan dat er sprake is van een ondeelbare rechtsverhouding en had het op de weg van XXImo gelegen zowel de Politie als de Politieacademie in rechte te betrekken.

Het voorgaande leidt er toe dat XXImo niet ontvankelijk zal worden verklaard in haar vorderingen. XXImo heeft verzocht om in dat geval op de voet van artikel 118 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in de gelegenheid te worden gesteld de Politieacademie alsnog in het geding te mogen betrekken. Daarvoor ziet de voorzieningenrechter geen aanleiding, te meer nu de vorderingen van XXImo, indien tot een inhoudelijke beoordeling

zou worden gekomen, zouden zijn afgewezen. In dat kader wordt ten overvloede het navolgende overwogen.

Beoordeling

XXlmo stelt dat zij zowel ten tijde van de inschrijving als in de periode daarna voldeed aan de in het Programma van Eisen gestelde eis E39. In paragraaf 6.4 van de Leidraad is beschreven op welke wijze de inschrijvingen worden beoordeeld. De inschrijvingen worden allereerst beoordeeld op volledigheid, vervolgens vindt er een toetsing plaats van de inschrijvingen aan de uitsluitingsgronden en de geschiktheidseisen, daarna een toetsing van de inschrijvingen aan alle eisen die in de Opdracht worden gesteld en uiteindelijk vindt een beoordeling plaats van de gunningscriteria. Hieruit kan worden afgeleid dat reeds bij inschrijving aan alle in de Opdracht gestelde eisen moet zijn voldaan. XXlmo stelt dat zij steeds aan eis E39 heeft voldaan, maar dit is door de Politie uitdrukkelijk en gemotiveerd betwist. Nu XXlmo niet heeft aangetoond dat zij wel aan de betreffende eis heeft voldaan ten tijde van haar inschrijving, kan niet van de juistheid van haar stelling op dit punt worden uitgegaan.

In hoofdstuk 2 van de Leidraad is bepaald dat een inschrijving, in geval niet is voldaan aan één of meer in dat hoofdstuk vermelde eisen, wordt uitgesloten van verdere deelname aan de procedure. Eén van deze eisen betreft de in het Programma van Eisen opgenomen eis E39, waaraan XXlmo niet heeft voldaan. Dit brengt met zich dat de Politie XXlmo op goede grond heeft uitgesloten van deelname aan de aanbestedingsprocedure.

Conclusie

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat XXlmo niet ontvankelijk zal worden verklaard in haar vorderingen.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid XXlmo B.V., statutair gevestigd te Amsterdam en kantoorhoudende te 's-Hertogenbosch, eiseres,

advocaat mr. B.J.M.P. Cremers te Breda, tegen:

de publiekrechtelijke rechtspersoon De Politie, zetelend te Den Haag,

gedaagde,

advocaat mr. T.G. Zweers-te Raaij te Zwolle.

De volledige uitspraak is te raadplegen op opmaat.sdu.nl.

166

Voorzieningenrechter Rechtbank

Noord-Nederland

24 mei 2017, nr. C/17/154202/KG ZA 17-67,

ECLI:NL:RBNNE:2017:1884

(mr. Idzenga)

Beoordeling gunningscriteria. Kwalitatieve gunningscriteria.

De gemeente is op 10 januari 2017 een nationale openbare aanbestedingsprocedure gestart, met als doel te komen tot de realisatie van het uitvoeringsontwerp van de herinrichting van de Splitting te Drachten.

Bij brief van 1 maart 2017 heeft de gemeente op basis van de gunningscriteria de inschrijving van Aannemingsmaatschappij Van Gelder B.V. te Elburg (hierna te noemen Van Gelder) aangemerkt als economisch meest voordelige inschrijving. De gemeente is voornemens het werk aan Van Gelder te gunnen.

De Combinatie stelt dat de gemeente met betrekking tot de aspecten A3 (Communicatie) en A5 (Groen) evidente beoordelingsfouten heeft gemaakt en zich niet heeft gehouden aan de uitgangspunten zoals geformuleerd in de publicatie 253 van het CROW 'Gunnen op waarde'.

Beoordeling gunningscriteria

Vooropgesteld wordt dat de criteria die de gemeente heeft geformuleerd kwalitatieve criteria zijn en dat enige mate van subjectiviteit inherent is aan de beoordeling van dergelijke criteria.

De Combinatie heeft bij het aspect A3 (Communicatie) onder klachtenregistratie vermeldt dat zij door middel van de IMBY-tool er voor zorgt dat binnen drie werkdagen een SMART geformuleerde reactie gepubliceerd wordt op de IMBY-site op welke wijze zij klachten oplost of kansen meeneemt. De beoordelingscommissie heeft deze door de Combinatie in haar inschrijving vermelde termijn met een - (min) beoordeeld. Naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter is daarmee niet sprake van een evident onjuiste beoordeling. De door de Combinatie genoemde termijn van drie werkdagen waarbinnen zij een reactie op een klacht publiceert is immers een gegeven. Dat de Combinatie met de door haar voorgestelde IMBY-tool 'direct en oplossingsgericht wil anticiperen op klachten en wensen', maakt dat niet anders. De gemeente mocht naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter de conclusie trekken dat de benodigde tijd voor klachtenafhandeling 72 uur bedroeg. Dat die tijd ziet op de administratieve vastlegging van het klachtentrajec, zoals de Combinatie heeft betoogd, volgt daar naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter niet uit. Het behoort vervolgens tot de vrijheid van de beoordelaars van de inschrijving om de genoemde duur van klachtenafhandeling als niet adequaat te kwalificeren.

Dat de duur van klachtenafhandeling niet als relevant beoordelingscriterium was geduid, zoals de Combinatie voorts heeft aangevoerd, kan haar naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter evenmin baten. De wijze van klachtenregistratie was één van de belangrijke criteria met betrekking tot de te geven invulling aan het communiceren met de opdrachtgever, stakeholders en de omgeving. In dat kader heeft de Combinatie zelf haar IMBY-tool geïntroduceerd. De praktische uitvoering daarvan mocht de beoordelingscommissie naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter dan ook in de beoordeling van het aspect communicatie betrekken.

Met betrekking tot het aspect A5 (Groen) is de voorzieningenrechter van oordeel dat de gemeente terecht heeft geoordeeld dat de Combinatie in haar inschrijving niet kon volstaan met een verwijzing naar het werken volgens het Norminstituut Bomen: 'werken rond bomen' (www.bomenposter.nl). Weliswaar geeft de methode 'Gunnen op waarde' aan dat het onzinnig is om eisen die zijn vastgelegd in normen te herhalen, doch dat is niet waar het in het onderhavige geval om draait. Het enkel werken conform bepaalde eisen en normen geeft immers niet aan hoe de inschrijver van plan is bij dit project om te gaan met de gevraagde invulling

met betrekking tot (bestaande) bomen, bomengrاناات, permavoid kratten, etc. Het verwijst naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter slechts naar de (rand)voorwaarden die de inschrijver bij de uitvoering van de opdracht in acht zal nemen. Daarmee heeft de Combinatie echter niet inzichtelijk gemaakt op welke wijze zij concreet en project-specifiek invulling zal geven aan de door de gemeente genoemde onderdelen. De voorzieningenrechter is dan ook van oordeel dat niet aannemelijk is geworden dat de gemeente een evidente beoordelingsfout heeft gemaakt.

Het betoog van de Combinatie dat het volstrekt te doen gebruikelijk is om in bestekken te volstaan met een verwijzing naar (bijvoorbeeld) de bomenposter, het Norminstituut of het Handboek Bomen, kan haar evenmin baten. De gemeente heeft in haar bestek immers niet verwezen naar het Norminstituut of de bomenposter. Overigens behelst een verwijzing naar de Bomenposter en/of het Normeninstituut in een bestek naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter ook niets meer dan een verwijzing naar te stellen eisen, niet naar de wijze van invulling van de opdracht. Bovendien is een zodanige verwijzing in een bestek iets anders dan een zodanige verwijzing in een inschrijving. Blijkens de Handleiding (validatie en gebruik) van het Handboek Bomen dient de aannemer, bij toepassing van het Handboek Bomen, reeds bij inschrijving via een globaal Plan van Aanpak aan te geven hoe het werk zal worden uitgevoerd. Voorts overweegt de voorzieningenrechter dat uit hoofdstuk 2 (werken rond bomen) van het Handboek volgt dat de werkzaamheden project-specifiek moeten worden omschreven. De gemeente heeft naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter terecht geoordeeld dat, anders dan was uitgevraagd, de Combinatie in haar plan van aanpak de werkwijze onvoldoende concreet had uitgewerkt waardoor de werkwijze rondom bestaande bomen werd gemist.

Beslissing

De voorzieningenrechter wijst de vorderingen van de Combinatie af.

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

P. WITTEVEEN EN ZONEN B.V.,

gevestigd te Surhuisterveen,

2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

BETONCOMBINATIE BECONO B.V.,

gevestigd te Drachten,

eiseressen,

advocaat mr. H.P. de Lange te Heerenveen,

tegen

de publiekrechtelijke rechtspersoon

GEMEENTE SMALLINGERLAND,

zetelend te Drachten,

gedaagde,

advocaat mr. J.C. Verlinden-Bijlsma te Rotterdam.

De volledige uitspraak is te raadplegen op opmaat.sdu.nl.

167

Voorzieningenrechter Rechtbank Overijssel
24 mei 2017, nr. C/08/200381/KG ZA 17-105,
ECLI:NL:RBOVE:2017:2162
(mr. Zweers)

Beoordeling gunningscriteria. Toelaatbaarheid gunningscriteria.

Regio Twente heeft een meervoudig onderhandse aanbesteding uitgeschreven voor "Huur glasvezel en gerelateerde dienstverlening".

NDIX en Betagraphics zijn de enige partijen die op de aanbesteding hebben ingeschreven. Bij brief d.d. 28 maart 2017 heeft Regio Twente NDIX geïnformeerd over haar voornemen om de opdracht te gunnen aan Betagraphics. In deze brief schrijft Regio Twente onder meer dat het Implementatieplan van NDIX minder hoog is beoordeeld dan dat van de winnende inschrijving.

Beoordeling gunningswens 2

Kern van het geschil is terug te voeren op de vraag of de score die Regio Twente ter zake gunningswens 2 aan de inschrijving van NDIX heeft toegekend deugdelijk is en of de daarvoor gegeven motivering die score kan dragen.

Regio Twente vroeg – kort gezegd – om een implementatieplan, waarin minimaal op 7 onderwerpen moest worden ingegaan. Als onderdeel van het implementatieplan moest een inschrijver ook een globaal migratieplan indienen, waarbij ten minste eis 37 en eis 41 van het programma van eisen aan de orde moest komen. Vervolgens zou de kwaliteit van de inschrijvingen worden beoordeeld aan de hand van een viertal criteria op basis van de implementatieplannen zoals deze door de inschrijvers waren ingediend.

Niet in geschil is dat het door NDIX ingediende implementatieplan beperkt in omvang was. Voor zover sprake was van continuering van bestaande dienstverlening, hoefde volgens NDIX niets te worden geïmplementeerd noch gemigreerd. Vervolgens heeft NDIX in haar implementatieplan voor het enige onderdeel dat zou wijzigen ten opzichte van de bestaande dienstverlening – de redundantie van de locatie Stadskantoor Hazenweg Hengelo – beschreven op welke wijze zij invulling zal geven aan de implementatie daarvan.

De voorzieningenrechter is van oordeel dat Regio Twente, gelet op de vooraf bekend gemaakte beoordelingssystematiek, niet anders kon en mocht dan het toekennen van een lage score aan het (beperkte) implementatieplan van NDIX. Het gelijkheids- en transparantiebeginsel brengt mee dat de (kwalitatieve) gunningscriteria op objectieve en uniforme wijze door de aanbestedende dienst op alle inschrijvers dient te worden toegepast. Regio Twente kan en mag haar beoordeling derhalve niet baseren op haar ervaring met en kennis van de zittende dienstverlener NDIX, maar moet haar beoordeling baseren op de ingediende inschrijvingen. Enkel dan is de inschrijving van de zittende dienstverlener immers vergelijkbaar met de inschrijving van andere inschrijvers en kunnen de inschrijvingen op gelijke wijze worden beoordeeld. NDIX had derhalve een implementatieplan moeten indienen, als ware zij een nieuwe dienstverlener.

Toelaatbaarheid gunningswens 2

NDIX heeft subsidiair betoogd dat de gunningswens achteraf gezien ondeugdelijk is en aan rechtmatige gunning van de opdracht in de weg staat. Het kan volgens NDIX immers niet zo zijn dat de beoordeling van een inschrijving aan de hand van een gunningswens resulteert in een (zeer) lage score, terwijl in de inschrijving optimaal invulling wordt gegeven aan hetgeen de aanbestedende dienst uitdrukkelijk met die gunningswens beoogt. De voorzieningenrechter volgt NDIX niet in dit betoog. De voorzieningenrechter acht het allereerst niet aannemelijk dat gunningswens 2 alleen maar

tot een lage score voor NDIX zou kunnen leiden. Indien NDIX in haar implementatieplan gemotiveerd had beschreven op welke wijze zij aan de doelstellingen van Regio Twente zou kunnen voldoen, waarbij zij specifiek was ingegaan op de 7 in de aanbestedingsleidraad genoemde onderwerpen, had een goede score op gunningswens 2 ook voor NDIX tot de mogelijkheden behoord. De voorzieningenrechter oordeelt voorts dat NDIX niet achteraf voor het eerst kan klagen dat de vooraf bekend gemaakte gunningswens ondeugdelijk is.

Beslissing

De voorzieningenrechter wijst de vorderingen van NDIX af.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

NEDERLANDS-DUITSE INTERNET EXCHANGE B.V.,

gevestigd te Enschede, eiseres,

advocaat mr. J.W.A. Meesters te Amsterdam, tegen

de publiekrechtelijke rechtspersoon

REGIO TWENTE,

zetelend te Enschede,

gedaagde,

advocaat mr. G.J. van de Wetering te Deventer,

in welke zaak als tussenkomende partij optreedt: de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

BETAGRAPHICS B.V.,

gevestigd te Hengelo (O),

advocaat: mr. R. Blom te Enschede.

De volledige uitspraak is te raadplegen op maat.sdu.nl.

168

Voorzieningenrechter Rechtbank

Noord-Nederland

2 juni 2017, nr. C 17/154259/KG ZA 17/73,

ECLI:NL:RBNNE:2017:1981

(mr. Werkema)

Zie openingsnoot S.W. Haket LLM

Uitleg gunningscriteria. Abnormaal lage inschrijving. Level playing field. Transparantiebeginsel. Gelijkheidsbeginsel.

Netwerk Noordoost is een samenwerkingsverband tussen de gemeentes Achtkarspelen, Dantumadiel, Dongeradeel, Ferweradiel, Kollumerland en Tytsjerksteradiel (hierna: de gemeentes) en de provincie Fryslân (hierna: de provincie). Netwerk Noordoost is bezig met het opzetten van een geheel nieuw vervoerssysteem voor de regio Noordoost Fryslân, waarbij het aannemen, plannen en toedelen van de ritten in deze regio verzorgd wordt door een ander bedrijf dan de bedrijven die de ritten daadwerkelijk rijden. Deze zogenaamde 'operationele regie' op het vervoer wordt vanaf 1 augustus 2017 uitgevoerd door een mobiliteitscentrale. Door middel van een reeds afgeronde aanbestedingsprocedure heeft Netwerk Noordoost de opdracht ter zake de operationele regie gegund aan Connexxion Taxiservices.

Taxicentrale B.V. (hierna: Taxicentrale) en VMNN Friesland B.V. (hierna: VMNN) zijn beide taxibedrijven in Noord-Nederland. Taxicentrale verzorgt thans onder meer het zogenoemde leerlingenvoer in de gemeentes en daarnaast het Wmo-vervoer in de gemeentes Tytsjerksteradiel en Ferwerderadiel.

Uitleg gunningscriterium

Niet in geschil is dat de bepaling in § 7.4.1 van de Leidraad zo uitgelegd dient te worden dat daarin de eis wordt gesteld dat de geoffreerde beschikbaarheidsstarieven kostendekkend dienen te zijn. Taxicentrale kan niet gevolgd worden in haar stelling dat daarnaast in voormelde bepaling de eis besloten ligt dat de geoffreerde beschikbaarheidsstarieven marktconform dienen te zijn. Blijkens de bewoordingen van de bepaling wordt namelijk enkel vereist dat in de geoffreerde beschikbaarheidsstarieven alle kosten zijn verwerkt voor het beschikbaar stellen van de voertuigen en chauffeurs.

feurs, terwijl voor marktconformiteit meer is vereist dan dat de beschikbaarheidsstarieven kostendekkend zijn.

Abnormaal lage inschrijving

Partijen verschillen voorts van mening over de vraag of Taxi Dorenbos, Taxi NOF en VMNN hebben voldaan aan het vereiste dat de geoffreerde beschikbaarheidsstarieven kostendekkend dienen te zijn. Ter onderbouwing van haar stelling dat deze bedrijven dat niet hebben gedaan, heeft Taxicentrale een berekening overgelegd. Op grond van een vergelijking van de uitkomsten van deze berekening en de berekening van het maximale bedrag dat de winnende inschrijvers als beschikbaarheidsstarief kunnen hebben geoffreerd, concludeert Taxicentrale dat Taxi Dorenbos, Taxi NOF en VMNN op diverse percelen van perceeltypen 1 en 2 onder de kostprijs hebben ingeschreven.

VMNN en Netwerk Noordoost hebben hiertegen aangevoerd dat zonder de daadwerkelijke kosten van Taxi Dorenbos, Taxi NOF en VMNN te kennen, Taxicentrale niet kan aantonen dat deze bedrijven onder hun eigen kostprijs van de uitvoering van het vervoer hebben ingeschreven.

Naar het oordeel van de voorzieningenrechter heeft Taxicentrale gelet op dit gemotiveerde verweer onvoldoende aannemelijk gemaakt dat Taxi Dorenbos, Taxi NOF en VMNN op diverse percelen van perceeltypen 1 en 2 onder hun kostprijs hebben ingeschreven. Zij heeft dit verweer namelijk onvoldoende weerlegd.

Nu de stelling van Taxicentrale dat Taxi Dorenbos, Taxi NOF en VMNN voor irreële en abnormaal lage prijzen hebben ingeschreven voortborduurt op voormelde niet aannemelijk geworden stelling dat Taxi Dorenbos, Taxi NOF en VMNN op diverse percelen onder hun kostprijs hebben ingeschreven, kan evenmin van de juistheid van deze stelling worden uitgegaan.

Level playing field

Het vereiste dat een aanbestedende dienst een gelijk speelveld dient te creëren voor de potentiële inschrijvers houdt in dat zij ervoor dient te zorgen dat alle inschrijvers bij het opstellen van het in hun offertes gedane voorstel dezelfde kansen krijgen: voor alle mededingers moeten dezelfde voorwaarden gelden. Indien sprake is van objectieve gunningscriteria die zonder onderscheid gelden voor alle aanbiedingen, zoals in casu het geval is, levert de omstandigheid dat op één van de door de aanbestedende dienst gekozen gunningscriteria ter bepaling van de inschrijving met de beste prijs-kwaliteitverhouding slechts door een klein aantal

ondernemingen hoog kan worden gescoord op zich niet een schending van het beginsel van gelijke behandeling op. Van een dergelijke schending zou wel sprake zijn wanneer het gunningscriterium zou zijn toegeschreven naar één of meerdere specifieke inschrijvers. Dit is echter in het onderhavige geval gesteld noch gebleken.

Transparantiebeginsel

Taxicentrale heeft voorts gesteld dat Netwerk Noordoost in strijd heeft gehandeld met het transparantiebeginsel, nu zij geen specificatie van de opgegeven beschikbaarheidsstarieven heeft verlangd, waardoor voor Taxicentrale niet objectief is vast te stellen of de inschrijvers hebben voldaan aan de eis dat de beschikbaarheidsstarieven kostendekkend dienen te zijn. Deze stelling treft geen doel, nu zij miskent dat Taxicentrale niet het recht toekomt om zelf te verifiëren of de winnende inschrijvers hebben voldaan aan de eis dat de geoffreerde beschikbaarheidsstarieven kostendekkend dienen te zijn.

De voorzieningenrechter ziet zich vervolgens gesteld voor de vraag of Taxicentrale zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat Netwerk Noordoost in strijd heeft gehandeld met het transparantiebeginsel door geen specificatie van de opgegeven beschikbaarheidsstarieven van de inschrijvers te verlangen, waardoor Netwerk Noordoost onvoldoende heeft kunnen toetsen of de inschrijvingen voldoen aan de eis dat de beschikbaarheidsstarieven kostendekkend dienen te zijn. De voorzieningenrechter beantwoordt deze vraag bevestigend en overweegt daartoe als volgt.

De aanbestedende dienst schendt het beginsel van gelijke behandeling en het transparantiebeginsel, indien hij een gunningscriterium vaststelt en niet in staat is na te gaan of de door de inschrijvers verstrekte inlichtingen juist zijn, aangezien dat criterium de transparantie en de objectiviteit van de aanbestedingsprocedure in dat geval niet waarborgt. De voorzieningenrechter is van oordeel dat Netwerk Noordoost dat beginsel in de onderhavige aanbesteding heeft geschonden. Zij hebben wel de eis van kostendekkende beschikbaarheidsstarieven gesteld, maar de inschrijvers - behoudens de Eigen Verklaring - niet gevraagd om enigerlei vorm van onderbouwing, terwijl het door haar gestelde minimumtarief een onvoldoende maatstaf vormt voor de beoordeling van de kostendekkendheid. Netwerk Noordoost heeft dan ook niet kunnen nagaan of de door de inschrijvers verstrekte inlichting dat hun prijzen kostendekkend zijn, juist is. De eis van kostendekkende prijzen is daarom een ongelukkig (onderdeel van een) gunningscriterium. Nu

sprake is van een ongeldig gunningscriterium zal Netwerk Noordoost de onderhavige aanbesteding niet kunnen voortzetten.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

TAXICENTRALE [Taxicentrale] B.V.,

gevestigd te Kootstertille,

eiseres,

advocaten mr. H.P. de Lange en mr. E. Bosscher,

kantoorhoudende te Heerenveen,

tegen de *publiekrechtelijke rechtspersonen*

1. GEMEENTE ACHTKARPELEN,

zetelend te Buitenpost,

2. GEMEENTE DANTUMADIEL,

zetelend te Damwoude,

3. GEMEENTE DONGERADEEL,

zetelend te Dokkum,

4. GEMEENTE FERWERADIEL,

zetelend te Ferwert,

5. GEMEENTE KOLLUMERLAND C.A.,

zetelend te Kollum,

6. GEMEENTE TYTSJERKSTERADIEL,

zetelend te Burgum,

7. PROVINCIE FRYSLÂN,

zetelend te Leeuwarden

gedaagden,

advocaten mr. G. Verberne en mr. drs. M.J. de

Meij, kantoorhoudende te Amsterdam,

in welke procedure als gevoegde partij aan de zijde van de gemeente optreedt:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

VMNN FRIESLAND B.V.,

gevestigd te Assen,

advocaten mr. T.E. Heslinga en mr. M.D. Kalmijn, kantoorhoudende te Leeuwarden.

Eiseres zal hierna [Taxicentrale] genoemd worden. Gedaagden sub 1 t/m 6 zullen hierna gezamenlijk als de gemeentes worden aangeduid, gedaagde sub 7 zal hierna de provincie worden genoemd en alle gedaagden tezamen zullen worden aangeduid als Netwerk Noordoost. De gevoegde partij zal worden aangeduid als VMNN Friesland B.V. dan wel VMNN.

1 De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding;
- de mondelinge behandeling en de daartoe op voorhand overgelegde stukken;

- de incidentele conclusie tot voeging van de zijde van VMNN;

- het mondeling vonnis in het incident, waarin de voorzieningenrechter VMNN heeft toegelaten als voegende partij;

- de pleitnota van de zijde [Taxicentrale];

- de pleitnota van de zijde Netwerk Noordoost;

- de pleitnota van de zijde van VMNN.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2 De feiten

2.1. [Taxicentrale] en VMNN zijn beide taxibedrijven in Noord-Nederland. [Taxicentrale] verzorgt thans onder meer het zogenoemde leerlingenvoer in de gemeentes en daarnaast het Wmo-vervoer in de gemeentes Tytsjerksteradiel en Ferwerderadiel.

2.2. Netwerk Noordoost is een samenwerkingsverband tussen de gemeentes en de provincie. Netwerk Noordoost is bezig met het opzetten van een geheel nieuw vervoerssysteem voor de regio Noordoost Fryslân, waarbij het aannemen, plannen en toedelen van de ritten in deze regio verzorgd wordt door een ander bedrijf dan de bedrijven die de ritten daadwerkelijk rijden. Deze zogenaamde 'operationele regie' op het vervoer wordt vanaf 1 augustus 2017 uitgevoerd door een mobiliteitscentrale. Door middel van een reeds afgeronde aanbestedingsprocedure heeft Netwerk Noordoost de opdracht ter zake de operationele regie gegund aan Connexxion Taxiservices.

2.3. Op 10 januari 2017 heeft Netwerk Noordoost de Europese openbare aanbesteding aangekondigd van de opdracht 'Vervoerssysteem Noordoost Fryslân, deel 2: vervoerscapaciteit', met TenderNed kenmerk 125768 (hierna: de aanbesteding). Deze aanbesteding ziet op de levering van de vervoerscapaciteit voor de uitvoering van het vraagafhankelijk vervoer en routegebonden vervoer voor meerdere reizigersgroepen, onder regie van de mobiliteitscentrale (hierna: de opdracht). Hierbij gaat het om vervoer in, naar en vanuit het vervoersgebied van de gemeentes.

2.4. In de door Netwerk Noordoost in het kader van voormelde aanbesteding opgestelde Aanbestedingsleidraad (hierna: de Leidraad) is - voor zover van belang - het volgende bepaald:

3.3 De 4 perceltypen

De opdracht is onderverdeeld in 4 perceltypen:

- *Perceltype 1 — Basisvervoercapaciteit*
- *Perceltype 2 — Piekvervoercapaciteit*
- *Perceltype 3 — Vervoercapaciteit Ameland*
- *Perceltype 4 — Flexibele schil*

Perceeltype 1: Basisvervoercapaciteit

Dit perceeltype betreft vervoercapaciteit met lange diensten zoals bedoeld in het Programma van Eisen. (...)

Perceeltype 2: Piekvervoercapaciteit

Dit perceeltype betreft vervoercapaciteit met korte diensten zoals bedoeld in het Programma van Eisen. De piekvervoercapaciteit verzorgt met korte diensten enkel het routevervoer. (...)

(...)

Perceeltype 4: Flexibele schil

Dit perceeltype betreft vervoercapaciteit op ad-hocbasis. De vervoercapaciteit in de flexibele schil geldt als 1 perceel over de gehele regio. Deze vervoercapaciteit werkt in beginsel op basis van afroep door de mobiliteitscentrale.

(...)

3.5 Perceeloverzicht

De totaal benodigde vervoercapaciteit is verdeeld over 24 percelen, bestaande uit meerdere percelen voor de basisvervoercapaciteit en piekvervoercapaciteit en 1 perceel als flexibele schil.

3.6 Aantal vervoerders per perceel

Voor het aantal te contracteren vervoerders per perceel gelden de volgende uitgangspunten.

Perceeltypen, 1, 2 en 3

1. 1. Het doel is om per perceel 1 vervoerder te contracteren.

2. 2. Een vervoerder kan op meer percelen inschrijven dan hij daadwerkelijk kan uitvoeren. In dat geval moet een vervoerder aangeven hoeveel percelen hij maximaal gegund wil krijgen. Voor dit aantal dient de vervoerder aan de eisen te voldoen zoals beschreven in hoofdstukken 5 en 6.

3. 3. Een vervoerder kan voor maximaal 8 percelen worden gecontracteerd:

- maximaal 3 percelen van perceeltype 1;
- maximaal 3 percelen van perceeltype 2;
- het perceel van perceeltype 3;
- het perceel van perceeltype 4.

(...)

4.3 Communicatie en inlichtingen

(...) De contactpersoon voor deze aanbesteding is de heer [contactpersoon]:

(...)

Tijdens de aanbestedingsprocedure is het niet toegestaan contact op te nemen met andere medewerkers van de deelnemende gemeentes of provincie of externe adviseurs (die namens hen betrokken zijn bij deze aanbesteding) met betrekking tot deze aanbesteding. Als een inschrijver zich niet houdt aan het contactverbod met de medewer-

kers en de adviseurs van de opdrachtgever, kan dat leiden tot uitsluiting van verdere deelname aan de aanbesteding.

(...)

4.7 Ongeldige inschrijvingen

Een inschrijving die niet voldoet aan wat is gesteld in het aanbestedingsdocument en bijlagen is ongeldig, tenzij de vermeende ongeldigheid door middel van een toelichting of verduidelijking conform artikel 2.102 Aanbestedingswet 2012 verholpen kan worden.

(...)

7.1 Vergoeding

Beschikbaarheidsstarief

De vergoeding aan de opdrachtnemer bestaat uit het vaste beschikbaarheidsstarief per uur per perceel (inschrijfprijs) maal de inzettijd, inclusief pauzetime die primair voortkomt uit de inzettijd voor vervoer in opdracht voor de mobiliteitscentrale en op aanwijzing van de mobiliteitscentrale en conform het rij- en rusttijdenbesluit wordt genoten. (...)

Vergoeding per inzetkilometer

Naast het beschikbaarheidsstarief per uur ontvangt de opdrachtnemer een vastgesteld tarief van € 0,15 (excl. btw) voor iedere door de mobiliteitscentrale voorgeplande inzetkilometer gerekend vanaf het basispunt.

(...)

7.2 Beste prijs-kwaliteitverhouding

Gunning van de opdracht vindt per perceel plaats aan de inschrijver die de inschrijving met de beste prijs-kwaliteitverhouding (beste PKV) heeft ingediend over het totaal van de percelen heen, rekening houdend met de gestelde randvoorwaarden door de opdrachtgever en de gestelde randvoorwaarden door de inschrijvers, mits dit leidt tot de Optimale Toegelaten Oplossing.

(...)

De gehanteerde gunningcriteria en subgunningcriteria en bijbehorende weging zijn in de onderstaande tabellen per perceeltype weergegeven. (...)

Perceeltype 1: Basisvervoercapaciteit (lange diensten)

(Sub)gunningcriteria		
	Omschrijving	Weging
G1	Prijs	40%
G2	Kwaliteit	60%
	G2 Kwaliteit bestaat uit de volgende subgunningcriteria	
Sg2.1	Uitvoeringskwaliteit	80%
Sg2.2	Mate van flexibiliteit	20%

Perceeltype 2: Piekvervoercapaciteit (korte diensten)

(Sub)gunningcriteria		
	Omschrijving	Weging
G1	Prijs	40%
G2	Kwaliteit	60%
	G2 Kwaliteit bestaat uit de volgende subgunningcriteria	
Sg2.1	Uitvoeringskwaliteit	60%
Sg2.3	Duurzaamheid	40%

(...)

7.4.1 Prijs perceeltype 1, 2 en 3 - beschikbaarheidstarieven

Voor deze perceeltypen vergoedt de opdrachtgever de volgende kostenposten, zoals beschreven in het Programma van Eisen:

1. Kosten voor Beschikbaarheid - in te dienen als onderdeel van de inschrijving
2. Kilometervergoeding - vast bedrag per kilometer conform Programma van Eisen

Inschrijver moet daarom als onderdeel van zijn inschrijving per perceel waarop hij inschrijft een beschikbaarheidstarief indienen. (...)

De geoffreerde beschikbaarheidstarieven dienen all-in-tarieven te zijn waarin alle kosten zijn verwerkt voor het beschikbaar stellen van de voertuigen en chauffeurs conform het Programma van Eisen en conform de bij het gunningscriterium kwaliteit door de inschrijver beschreven werkwijze. Alleen de kilometervergoeding dient hierbij niet meegerekend te worden. De vergoeding er inzetkilometer is vastgesteld op € 0,15 door de opdrachtgever (zie hiervoor het Programma van Eisen). Naast de geoffreerde all-in-tarieven kan de inschrijver geen aanvullende kosten voor beschikbaarheid in rekening brengen. Geoffreerde tarieven zijn ex-

clusief btw. De prijzen mogen per 1 januari 2018 jaarlijks geïndexeerd worden conform Programma van Eisen.

Bandbreedte prijs perceeltype 1, 2 en 3

De opdrachtgever stelt per perceeltype eisen ten aanzien van de geoffreerde beschikbaarheidstarieven. Indien de door de inschrijver geoffreerde tarieven voor een perceel niet voldoen aan het gestelde minimum-of maximumbedrag wordt de inschrijver voor het desbetreffende perceel uitgesloten van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure. Voor de beide perceeltypen (dus voor zowel de basisvervoercapaciteit als de piekvervoercapaciteit) geldt:

- Het beschikbaarheidstarief moet minimaal 22,50 euro (excl. btw) bedragen.

- Het beschikbaarheidstarief mag niet hoger zijn dan 30 euro (excl. btw).

(...)

7.4.2 Prijs perceeltype 4 - flexibele schil (ad hoc)

(...)

Het geoffreerde beschikbaarheidstarief dient een all-in-tarief te zijn waarin alle kosten zijn verwerkt voor het beschikbaar stellen van het voertuigen en de chauffeur conform het Programma van Eisen.

(...)

Bandbreedte prijs perceeltype 4

Voor perceeltype 4 geldt:

- Het beschikbaarheidstarief moet minimaal 22,50 euro (excl. btw) bedragen.

2.5. In bijlage D bij de Leidraad, het Programma van Eisen, staat - voor zover van belang - het volgende vermeld:

4.9 Inzet en overname personeel

De opdrachtnemer dient alle chauffeurs die worden ingezet voor deze opdracht te verlonen conform CAO Taxivervoer

Voor het verkrijgen van voldoende personeel gelden de volgende voorwaarden en prioritering:

Stap 1: OPOV-regeling [regeling overgang personeel bij overgang vervoerscontracten; toevoeging voorzieningenrechter]

De opdrachtnemer past de OPOV-regeling uit de CAO Taxivervoer toe. De opdrachtnemer treedt daartoe in overleg met de huidige opdrachtnemer(s) van het Wmo- en leerlingenvervoer in de gemeenten van het samenwerkingsverband Netwerk Noordoost over de overname van de betrokken chauffeurs en begeleiders.

Stap 2: aanvulling op de OPOV-regeling

Aanvullend op de OPOV-regeling biedt de opdrachtnemer, indien een werknemer die onder de 75% valt de aangeboden arbeidsovereenkomst niet accepteert, de eerstvolgende werknemer die onder de resterende 25% valt een arbeidsovereenkomst aan, conform de OPOV-regeling. SFT houdt hierop toezicht en rapport aan het mobiliteitsbureau.

2.6. Op grond van voormelde OPOV-regeling, opgenomen in Bijlage 3 bij de CAO Taxivervoer, geldt als hoofdregel dat de winnende inschrijver aan 75% van de zogenoemde 'betrokken' werknemers van de huidige vervoerder een schriftelijk baanaanbod dient te doen. Bij een baanaanbod is de CAO Taxivervoer van toepassing. In het baanaanbod dienen op grond van artikel 2.1.7 van de OPOV-regeling onderstaande vier kenmerken van de schriftelijke arbeidsovereenkomst gelijk te blijven, welke de werknemer heeft bij de overdragende vervoerder:

- aantal contracturen;
- contractuur, bepaalde of onbepaalde tijd;
- datum in dienst ten behoeve van vakantiedagenberekening;
- de inhoud van de functie.

In hoofdstuk 3.1 van de OPOV-regeling zijn onder meer de volgende uitzonderingen op deze hoofdregel geformuleerd:

- indien de verkrijgende vervoerder aan het Sociaal Fonds Taxi (hierna: SFT), de instantie die toezicht houdt op de juiste uitvoering van de regeling, kan aantonen dat hij het nieuw verworven vervoerscontract geheel met eigen personeel kan opvangen is deze hoofdregel niet van toepassing.
- indien de verkrijgende contractspartij aan SFT kan aantonen dat hij het nieuw verworven vervoerscontract gedeeltelijk met eigen personeel kan opvangen geldt deze hoofdregel voor het deel van het vervoer dat niet met eigen personeel kan worden opgevangen.

2.7. In de Nota van Inlichtingen die Netwerk Noordoost heeft uitgebracht staat - voor zover van belang - het volgende vermeld:

Nr.	Betreft document	Art./par./(...)	(...)	Vraag/opmerking	Antwoord/definitief
(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)
96	Leidraad	6.3.2		Realiseert u zich dat Eur 22,50 onder kostprijs van de markt is	Opdrachtgever wijst erop dat het tarief van € 22,50 een ondergrens betreft in de bandbreedtes waarbinnen Opdrachtnemer dient te offren, en handhaaft deze eis.
97	Leidraad	6.3.3		Inschrijver ziet bij andere aanbestedingen een minimum tarief van Eur 24,- bent u bereid deze over te nemen.	Opdrachtgever is niet bereid het voorstel van Deelnemer over te nemen. Zie voorts het antwoord op vraag 96.

2.8. Op de aanbesteding hebben diverse bedrijven ingeschreven, waaronder [Taxicentrale].

2.9. Bij brief van 14 maart 2017 heeft Netwerk Noordoost - voor zover van belang - het volgende aan [Taxicentrale] bericht:

Uw bedrijf heeft tijdig een geldige inschrijving ingediend voor de Europese aanbesteding Vervoerssysteem Noordoost Fryslân, deel 2: vervoercapaciteit, met TenderNed kenmerk 125768. Er zijn in totaal acht (8) geldige inschrijvingen ontvangen.

Voorlopige gunning

Op basis van de beoordeling van de ingediende inschrijvingen, zijn wij van plan om u de volgende percelen te gunnen.

Perceeltype 4: flexibele schil

Alle inschrijvers op perceel 24, die voldoen aan de eisen, worden onderdeel van de flexibele schil.

Perceel 24 is ook aan u gegund.

De andere percelen van perceeltype 1 en 2 zijn wij van plan te gunnen aan:

- Taxi- en Touringcarcentrale Noord Oost Fryslân B.V.
- Vervoermanagement Noord Nederland B.V.
- Taxi- en bergingsbedrijf Dorenbos B.V.
- Taxicentrale Witteveen B.V.

Als bijlage bij deze brief is een nadere toelichting op het resultaat van de beoordeling opgenomen.

2.10. In reactie op deze brief heeft [Taxicentrale] bij brief van 22 maart 2017 Netwerk Noordoost verzocht om aan haar, per perceel waarop zij had ingeschreven, de volgende gegevens te verstrekken:

- de naam van het bedrijf aan wie het perceel gegund is;
- de kenmerken en relatieve voordelen van dit bedrijf, die hebben geleid tot het voornemen om aan dit bedrijf te gunnen;
- de scores van dit bedrijf per gunningscriterium per perceel.

Voorts heeft zij Netwerk Noordoost onder meer verzocht erop toe te zien dat de bestekseisen en de OPOV-regeling door de winnende inschrijvers worden nageleefd.

2.11. Bij brief van 27 maart 2017 heeft Netwerk Noordoost aan [Taxicentrale] per perceel waarop zij had ingeschreven een overzicht verstrekt met de naam van het bedrijf aan wie het perceel is gegund en de scores van dat bedrijf per gunningscriterium. Voorts heeft zij summierlijk toegelicht waarom de inschrijvingen van de betreffende bedrijven hogere scores hadden gekregen dan de inschrijving van [Taxicentrale]. Tot slot heeft zij aangegeven dat zij net als [Taxicentrale] waarde hecht aan een zorgvuldig proces rond de overname van het personeel van [Taxicentrale] zoals beschreven in de bestekseisen.

3 Het geschil

3.1. [Taxicentrale] vordert dat de voorzieningenrechter bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad,

I. primair:

- Netwerk Noordoost zal gebieden om binnen 48 uur na datum van dit vonnis, althans binnen een door de voorzieningenrechter in goede justitie te bepalen termijn, de voorlopige gunningsbeslissing van Netwerk Noordoost in te trekken;

- Netwerk Noordoost zal verbieden de opdracht te gunnen aan Taxi- en Bergingsbedrijf Dorenbos B.V. (hierna: Taxi Dorenbos), Taxi- en Touringcarcentrale Noord Oost Fryslân B.V. (hierna: Taxi NOF) en VMNN en Netwerk Noordoost zal gebieden de opdracht te gunnen aan [Taxicentrale] indien en voor zover zij nog tot gunning wenst over te gaan; subsidiair:

- Netwerk Noordoost zal gebieden om binnen 48 uur na datum van dit vonnis, althans binnen een door de voorzieningenrechter in goede justitie te bepalen termijn, de voorlopige gunningsbeslissing van Netwerk Noordoost in te trekken;

- Netwerk Noordoost zal gebieden om binnen 14 dagen na de datum van dit vonnis, althans binnen een door de voorzieningenrechter in goede justitie te bepalen termijn, de inschrijvingen aangaande de (kost)prijs voor het beschikbaarheidstarief te laten (her) beoordelen door een nieuw van Netwerk Noordoost onafhankelijk beoordelingssteam; meer subsidiair:

- Netwerk Noordoost zal gebieden om binnen 48 uur na datum van dit vonnis, althans binnen een door de voorzieningenrechter in goede justitie te bepalen termijn, de voorlopige gunningsbeslissing van Netwerk Noordoost in te trekken;

- Netwerk Noordoost zal verbieden de opdracht op basis van onderhavige aanbesteding te gunnen en te gebieden over te gaan tot een heraanbesteding, voor zover zij deze opdracht nog altijd in de markt wil zetten.

II. Netwerk Noordoost zal veroordelen in de proceskosten alsmede de nakosten, dit tot een bedrag van € 131,- zonder betekening, te verhogen met € 68,- ingeval van betekening.

3.2. [Taxicentrale] heeft - zakelijk weergegeven - het volgende aan haar vordering ten grondslag gelegd. In § 7.4.1 van de Leidraad wordt als eis gesteld dat de geoffreerde beschikbaarheidstarieven all-in tarieven dienen te zijn, waarin alle kosten zijn verwerkt voor het beschikbaar stellen van de voertuigen en chauffeurs. Dit betekent dat het te offrenen beschikbaarheidstarief te allen tijde minimaal kostendekkend dient te zijn, wil er sprake zijn van een geldige inschrijving. Voorts kan uit deze bewoordingen geconcludeerd worden

dat door inschrijvers voor reële en daarmee marktconforme prijzen moet worden ingeschreven, te meer nu het met ingang van 1 juni 2017 in werking tredende uitvoeringsbesluit Wmo 2015 dit van gemeentes verlangt. Het is [Taxicentrale] gebleken dat Taxi Dorenbos, Taxi NOF en VMNN in strijd met deze eis een beschikbaarheidstarief hebben opgegeven, waarin niet alle kosten zijn verwerkt voor het beschikbaar stellen van de voertuigen en chauffeurs. De door hen opgegeven beschikbaarheidstarieven zijn daarom niet kostendekkend, irrealistisch, niet-marktconform en abnormaal laag in de zin van artikel 2:116 van de Aanbestedingswet (Aw). Ook is gebleken dat het door Netwerk Noordoost gehanteerde minimale beschikbaarheidstarief van € 22,50 voor alle type voertuigen geen all-in kostendekkend tarief is. Op grond van het voorgaande is [Taxicentrale] primair van mening dat Netwerk Noordoost de inschrijving van Taxi Dorenbos, Taxi NOF en VMNN als ongeldig ter zijde had moeten leggen, omdat deze niet voldoen aan de in de Leidraad gestelde eis. Subsidiair stelt [Taxicentrale] zich op het standpunt dat de inschrijvingen terzake de kostprijs voor het beschikbaarheidstarief door een onafhankelijk beoordelingsteam (her)beoordeeld dienen te worden, dit met inachtneming van de loonkostencomponent die voortvloeit uit correcte naleving van de OPOV-regeling. Meer subsidiair is [Taxicentrale] van mening dat er dient te worden heraanbesteed, omdat de aanbesteding niet voldoet aan de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht, meer specifiek het beginsel van level playing field en het transparantiebeginsel.

3.3. Netwerk Noordoost voert verweer met conclusie tot niet-ontvankelijkverklaring van [Taxicentrale] in haar vorderingen althans afwijzing van deze vorderingen, met veroordeling van [Taxicentrale] in de proceskosten, alsook in de nakosten.

3.4. VMNN voert verweer met conclusie tot niet-ontvankelijkverklaring van [Taxicentrale] in haar vorderingen althans afwijzing van deze vorderingen, met veroordeling van [Taxicentrale] in de proceskosten.

3.5. Op de stellingen en verweren van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4 De beoordeling

4.1. De voorzieningenrechter stelt vast dat in de brief van 14 maart 2017 van Netwerk Noordoost aan [Taxicentrale], geciteerd in r.o. 2.9., VMNN

Friesland B.V. niet wordt genoemd in de opsomming van de winnende inschrijvers maar wel het bedrijf Vervoermanagement Noord Nederland B.V. Nu VMNN heeft aangevoerd één van de winnende inschrijvers te zijn en door de overige partijen op dit punt geen verweer is gevoerd, gaat de voorzieningenrechter ervan uit dat VMNN Friesland B.V. het bedrijf is dat in de brief van 14 maart 2017 wordt aangeduid met Vervoermanagement Noord Nederland B.V.

in het incident

4.2. Het verzoek van VMNN om zich te mogen voegen aan de zijde van Netwerk Noordoost - waartegen Netwerk Noordoost en [Taxicentrale] geen bezwaar hebben gemaakt - is ter zitting toegewezen. Tijdens de mondelinge behandeling is nog geen beslissing genomen over de proceskosten in het incident. Nu Netwerk Noordoost en [Taxicentrale] geen bezwaar hebben gemaakt tegen het verzoek tot voeging ziet de voorzieningenrechter aanleiding om deze kosten te compenseren in die zin dat iedere partij zijn eigen kosten in het incident draagt.

in de hoofdzaak

4.3. De voorzieningenrechter stelt vast dat in de pleitnota van [Taxicentrale] staat vermeld dat [Taxicentrale] subsidiair herbeoordeling vordert van de inschrijving per perceel ten aanzien van de kostprijsberekening door een onafhankelijk beoordelingsteam, waarbij alsnog op basis van de uitgangspunten, zoals verwoord in de rapportage van Panteia en CROW, vastgesteld dient te worden voor welk minimaal all-in beschikbaarheidstarief nog kostendekkend gewerkt kan worden. VMNN heeft er ter zitting op gewezen dat deze weergave van de subsidiaire vordering afwijkt van de formulering van de subsidiaire vordering in het petitum van de dagvaarding en heeft bezwaar gemaakt tegen deze vermeende eiswijziging. De voorzieningenrechter overweegt dat zij deze passage in de pleitnota niet als eiswijziging beschouwd, nu [Taxicentrale] dit niet als zodanig heeft bestempeld. De voorzieningenrechter zal daarom recht doen op de vorderingen, zoals deze in het petitum van de dagvaarding zijn geformuleerd.

4.4. De voorzieningenrechter stelt vast dat in het petitum van de dagvaarding zowel primair, subsidiair als meer subsidiair mede wordt gevorderd Netwerk Noordoost te gebieden om binnen 48 uur na datum van het vonnis, althans binnen een door de voorzieningenrechter in goede justitie te

bepalen termijn, de voorlopige gunningsbeslissing van Netwerk Noordoost in te trekken. Nu het primair, subsidiair en meer subsidiair instellen van eenzelfde vordering weinig zinvol is, gaat de voorzieningenrechter ervan uit dat deze vordering primair, subsidiair en meer subsidiair gekoppeld is aan hetgeen overigens primair, subsidiair respectievelijk meer subsidiair wordt gevorderd en het lot van die andere vordering volgt.

4.5. Voorts stelt de voorzieningenrechter vast dat de in r.o. 4.4. bedoelde vordering spreekt van "de gunningsbeslissing", terwijl deze aanbesteding, zoals Netwerk Noordoost terecht heeft aangevoerd, vele gunningsbeslissingen kent. Nu de bezwaren van [Taxicentrale] zich enkel richten tegen de voorlopige beslissing van Netwerk Noordoost om de percelen van perceeltype 1 en 2 waar [Taxicentrale] op heeft ingeschreven niet aan [Taxicentrale] te gunnen maar aan andere inschrijvers, welke beslissing aan [Taxicentrale] bekend is gemaakt bij brief van 14 maart 2017, begrijpt de voorzieningenrechter de vordering aldus dat wordt gevorderd om die beslissing in te trekken.

4.6. Als meest verstrekkende verweer hebben Netwerk Noordoost en VMNN aangevoerd dat [Taxicentrale] niet-ontvankelijk is in haar vordering wegens een gebrek aan belang, omdat zij van deelname aan de aanbesteding dient te worden uitgesloten. Hiertoe hebben zij aangevoerd dat [Taxicentrale] op 27 maart 2017 een brief heeft gestuurd aan de leden van de gemeenteraden van alle gemeentes en aan de colleges van B en W van alle gemeentes om haar beklag te doen over de gang van zaken rond de aanbesteding. Nu deze brief nog binnen de zogenoemde Alcateltermijn is verstuurd, is dit handelen van [Taxicentrale] volgens hen in strijd met § 4.3 van de Leidraad, waarin een contactverbod is opgenomen. Aan overtreding van dit contactverbod is in de Leidraad de sanctie van uitsluiting van verdere deelname verbonden.

4.7. De voorzieningenrechter overweegt ter zake als volgt. VMNN, die zich in de procedure aan de zijde van Netwerk Noordoost heeft gevoegd, heeft enkele dagen voor de zitting haar incidentele conclusie tot voeging aan de voorzieningenrechter en [Taxicentrale] doen toekomen. In die conclusie, waarin zij onder meer kort heeft weergegeven welk verweer zij ter zitting zou gaan voeren, heeft zij niet aangegeven dat zij zich op niet-ontvankelijkheid wegens overtreding van het contactverbod zou gaan beroepen. Ook heeft zij noch bij deze

conclusie noch ter zitting de gewraakte brief van [Taxicentrale] van 27 maart 2017 overgelegd. Niet gebleken is dat VMNN haar beroep op niet-ontvankelijkheid wegens overtreding van het contactverbod niet reeds in de incidentele conclusie aan de orde had kunnen stellen. Voor Netwerk Noordoost geldt dat zij dit verweer ter zitting eerst in de tweede termijn, in navolging van VMNN, heeft gevoerd. Nog daargelaten de vraag of aan Netwerk Noordoost een beroep op niet-ontvankelijkheid toekomt, nu zij heeft nagelaten om tot aan het moment van de zitting gebruik te maken van haar discretionaire bevoegdheid tot uitsluiting, heeft Netwerk Noordoost dit verweer te laat gevoerd. Bovendien heeft ook zij nagelaten voormelde brief van [Taxicentrale] ter zitting of voorgaand aan de zitting tezamen met haar andere producties in het geding te brengen, terwijl niet gebleken is dat dat niet mogelijk was. Onder deze omstandigheden acht de voorzieningenrechter het voeren van dit verweer in strijd met de goede procesorde. [Taxicentrale] heeft zich onvoldoende op dit verweer kunnen voorbereiden en zich hiertegen niet goed kunnen verweren. Daarom wordt aan dit verweer voorbijgegaan.

4.8. Het spoedeisend belang van [Taxicentrale] bij de gevraagde voorzieningen volgt naar het oordeel van de voorzieningenrechter uit de aard van de vorderingen.

4.9. Het geschil tussen partijen spitst zich toe op een bepaling omtrent het gunningscriterium Prijs in § 7.4.1 van de Leidraad. De betreffende bepaling luidt - voor zover van belang - als volgt: *"De geofreerde beschikbaarheidstarieven dienen all-in-tarieven te zijn waarin alle kosten zijn verwerkt voor het beschikbaar stellen van de voertuigen en chauffeurs (...)"*

4.10. Ten aanzien van de uitleg van deze bepaling stelt de voorzieningenrechter voorop dat aanbestedingsstukken, zoals de Leidraad, dienen te worden uitgelegd naar hun objectieve betekenis, zoals een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver deze, binnen de context van het totaal van de aanbestedingsstukken, redelijkerwijs heeft moeten begrijpen. Bij de uitleg van de aanbestedingsstukken dient de niet in die stukken tot uitdrukking gebrachte opvatting van de opstellers van de aanbestedingsstukken over de uitleg daarvan buiten beschouwing te worden gelaten, omdat die tot ongelijke behandeling zou kunnen leiden (zie HvJEU 29 april 2004, C-496/99, *Succhi di Frutta*).

4.11. Niet in geschil is dat de bepaling in § 7.4.1 van de Leidraad zo uitgelegd dient te worden dat daarin de eis wordt gesteld dat de geoffreerde beschikbaarheidstarieven kostendekkend dienen te zijn. Netwerk Noordoost heeft verklaringen in het geding gebracht van Taxi NOF, Taxi Dorenbos en VMNN van 10 mei 2017 respectievelijk 16 mei 2017, waarin deze bedrijven op verzoek van Netwerk Noordoost - kort gezegd - verklaren dat zij hebben ingeschreven met kostendekkende beschikbaarheidstarieven. Hieruit kan worden afgeleid dat naast Netwerk Noordoost en VMNN ook Taxi NOF, Taxi Dorenbos, twee winnende inschrijvers, voormelde bepaling in de Leidraad zo hebben uitgelegd dat de geoffreerde beschikbaarheidstarieven kostendekkend dienen te zijn. Gelet hierop en gegeven het hierboven weergegeven toetsingskader, volgt de voorzieningenrechter partijen in deze uitleg van de bepaling, en gaat er derhalve vanuit dat als onderdeel van het gunningscriterium Prijs de eis wordt gesteld dat de geoffreerde beschikbaarheidstarieven kostendekkend dienen te zijn.

4.12. [Taxicentrale] kan niet gevolgd worden in haar stelling dat daarnaast in voormelde bepaling de eis besloten ligt dat de geoffreerde beschikbaarheidstarieven marktconform dienen te zijn. Blijkens de bewoordingen van de bepaling wordt namelijk enkel vereist dat in de geoffreerde beschikbaarheidstarieven alle kosten zijn verwerkt voor het beschikbaar stellen van de voertuigen en chauffeurs, terwijl voor marktconformiteit meer is vereist dan dat de beschikbaarheidstarieven kostendekkend zijn. De stelling van [Taxicentrale] dat het besluit van 10 februari 2017 tot wijziging van het Uitvoeringsbesluit Wmo 2015, dat per 1 juni 2017 in werking is getreden, gemeentes verplicht bij de inkoop van Wmo-diensten regels te stellen ter waarborging van een goede verhouding tussen de prijs voor de levering van een voorziening en de eisen die worden gesteld aan de kwaliteit van die voorziening, leidt niet tot een ander oordeel. De verplichting van de gemeentes tot naleving van dit besluit brengt niet mee dat een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver de bepaling in de Leidraad, in weerwil van de taalkundige betekenis van haar bewoordingen, redelijkerwijs zo had moeten begrijpen dat daarin (ook) is bepaald dat de geoffreerde prijzen marktconform moeten zijn.

4.13. Partijen verschillen voorts van mening over de vraag of Taxi Dorenbos, Taxi NOF en VMNN hebben voldaan aan het vereiste dat de geoffreerde beschikbaarheidstarieven kostendekkend dienen te zijn. Ter onderbouwing van haar stelling dat deze bedrijven dat niet hebben gedaan, heeft [Taxicentrale] een berekening overgelegd waarin voor perceeltypen 1 en 2 per perceel is becijferd wat het maximum bedrag is dat de winnende inschrijver als beschikbaarheidstarief kan hebben geoffereerd. Deze berekening is gebaseerd op de cijfermatige informatie over de winnende inschrijvers in de brief van Netwerk Noordoost van 27 maart 2017 en de bijlage bij de brief van Netwerk Noordoost van 14 maart 2017. Voorts heeft [Taxicentrale] een kostprijsberekening overgelegd van onderzoeksbureau Panteia (hierna: Panteia), welk onderzoeksbureau volgens haar beschikt over marktspecifieke expertise. Door Panteia is becijferd dat de marginale kostprijs per inzetuur van een taxipersonenauto € 24,09 bedraagt, van een standaard taxibus € 27,21, van de toegankelijke taxibus € 27,04 en de 8-persoons rolstoelbus € 29,71. In deze berekening heeft Panteia tot uitgangspunt genomen dat op grond van de OPOV-regeling 75% van het personeel van [Taxicentrale] door de winnende inschrijver dient te worden overgenomen met behoud van het huidige salaris en dat de overige 25% van de werknemers van de inschrijver de laagst mogelijke uurlonen betaald krijgen conform de CAO Taxivervoer. Voorts heeft Panteia in de berekening een overheadpercentage van 10% gehanteerd en is zij ervan uitgegaan dat voor het uitvoeren van de opdracht nieuwe voertuigen worden aangeschaft en dat deze, afhankelijk van het voertuigtype, in zes dan wel acht jaar worden afgeschreven. [Taxicentrale] heeft op basis van deze berekening voor perceeltype 1 en 2 per perceel becijferd wat de kostprijs van de uitvoering van het vervoer is. Op grond van een vergelijking van de uitkomsten van deze berekening en de berekening van het maximale bedrag dat de winnende inschrijvers als beschikbaarheidstarief kunnen hebben geoffereerd, concludeert [Taxicentrale] dat Taxi Dorenbos, Taxi NOF en VMNN op diverse percelen van perceeltypen 1 en 2 onder de kostprijs hebben ingeschreven.

4.14. VMNN en Netwerk Noordoost hebben hiertegen - onder meer en zakelijk weergegeven - het volgende ten verwere aangevoerd. Zonder de daadwerkelijke kosten van Taxi Dorenbos, Taxi NOF en VMNN te kennen, kan [Taxicentrale]

niet aantonen dat deze bedrijven onder hun eigen kostprijs van de uitvoering van het vervoer hebben ingeschreven. Panteia heeft in haar berekening van de marginale kostprijs per inzetuur van de verschillende types voertuigen onjuiste uitgangspunten gehanteerd, waardoor zij op een te hoge marginale kostprijs is uitgekomen. Zo brengt de OPOV-regeling niet per definitie mee dat de winnende inschrijver 75% van het personeel van [Taxicentrale] dient over te nemen. In de OPOV-regeling zijn namelijk uitzonderingen op deze hoofdregel geformuleerd, onder meer voor het geval de winnende inschrijver de opdracht geheel of gedeeltelijk met eigen personeel kan opvangen. Taxi Dorenbos, Taxi NOF en VMNN zijn gevestigde taxi-ondernemingen die al personeel in dienst hebben en met dat personeel in ieder geval een deel van het vervoer kunnen uitvoeren. Ook verplicht de OPOV-regeling de winnende inschrijver niet om het personeel van [Taxicentrale] over te nemen met behoud van het huidige salaris. Uit de OPOV-regeling volgt enkel dat minimaal het loon betaald dient te worden waartoe de CAO Taxivervoer verplicht. Het gemiddelde uurloon waar Panteia in haar berekening vanuit is gegaan, ligt hoger dan de hoogste loonschaal in deze CAO. Ook gaat Panteia er in haar berekening ten onrechte vanuit dat voor de uitvoering van de opdracht nieuwe voertuigen dienen te worden aangeschaft. De aanbestedingsstukken verplichten hier niet toe. Zeer waarschijnlijk zullen de inschrijvers al meerdere voertuigen in hun bezit hebben en die kunnen in beginsel worden ingezet. Ook kunnen zij tweedehands voertuigen aanschaffen of voertuigen leasen. Voorts miskent Panteia dat de taxiauto's en taxibussen van de vervoerders niet louter behoeven te worden ingezet voor de opdracht van Netwerk Noordoost. Buiten de ingeroosterde inzeturen van deze opdracht kan de vervoerder vrij beschikken over de voertuigen en kunnen deze ingezet worden voor ander werk. Ook is niet onderbouwd waar het overheadpercentage van 10% waar Panteia mee rekent op is gebaseerd. Duidelijk is wel dat in dat percentage een winstopslag zit. Echter de aanbestedingsstukken verplichten de inschrijvers niet om op de opdracht of onderdelen daarvan winst te maken.

4.15. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter heeft [Taxicentrale] gelet op dit gemotiveerde verweer onvoldoende aannemelijk gemaakt dat Taxi Dorenbos, Taxi NOF en VMNN op diverse percelen van perceeltypen 1 en 2 onder hun kost-

prijs hebben ingeschreven. Zij heeft dit verweer namelijk onvoldoende weerlegd. Zo heeft zij onder meer niet weersproken dat Panteia onjuiste uitgangspunten voor haar berekening heeft gedestilleerd uit de toepasselijke OPOV-regeling en dat Panteia bij haar berekening ten onrechte tot uitgangspunt heeft genomen dat nieuwe voertuigen dienen te worden aangeschaft voor de uitvoering van de opdracht.

4.16. Nu de stelling van [Taxicentrale] dat Taxi Dorenbos, Taxi NOF en VMNN voor irrealiteit en abnormaal lage prijzen hebben ingeschreven voortborduurt op voormelde niet aannemelijk geworden stelling dat Taxi Dorenbos, Taxi NOF en VMNN op diverse percelen onder hun kostprijs hebben ingeschreven, kan evenmin van de juistheid van deze stelling worden uitgegaan.

4.17. Het vorenstaande leidt tot de conclusie dat de primaire vordering om Netwerk Noordoost te verbieden de opdracht te gunnen aan Taxi Dorenbos, Taxi NOF en VMNN en Netwerk Noordoost te gebieden de opdracht te gunnen aan [Taxicentrale], indien en voor zover zij nog tot gunning wenst over te gaan, niet toewijsbaar is. Gelet op hetgeen in r.o. 4.4. is overwogen, treft de primaire vordering om Netwerk Noordoost te gebieden om binnen 48 uur na datum van het vonnis, althans binnen een door de voorzieningenrechter in goede justitie te bepalen termijn, de voorlopige gunningsbeslissing van Netwerk Noordoost in te trekken, hetzelfde lot.

4.18. Ter zake van haar subsidiaire en meer subsidiaire vordering heeft [Taxicentrale] betoogd dat, indien geoordeeld zou moeten worden dat in de aanbestedingsstukken niet is vereist dat inschrijvers 75% van het personeel van [Taxicentrale] dienen over te nemen met behoud van het huidige salaris, het level playing field (een gelijk speelveld) onvoldoende is gewaarborgd, omdat zij niet de mogelijkheid heeft om goedkopere arbeidskrachten in te schakelen. De voorzieningenrechter volgt haar ook hierin niet. Hiertoe is het volgende redengevend.

4.19. Het vereiste dat een aanbestedende dienst een gelijk speelveld dient te creëren voor de potentiële inschrijvers houdt in dat zij ervoor dient te zorgen dat alle inschrijvers bij het opstellen van het in hun offertes gedane voorstel dezelfde kansen krijgen: voor alle mededingers moeten dezelfde voorwaarden gelden (zie HR 4 november 2005; ECLI:NL:HR:2005:AU2806). Indien sprake is van objectieve gunningscriteria die zonder onder-

scheid gelden voor alle aanbiedingen, zoals in casu het geval is, levert de omstandigheid dat op één van de door de aanbestedende dienst gekozen gunningscriteria ter bepaling van de inschrijving met de beste prijs-kwaliteitverhouding slechts door een klein aantal ondernemingen hoog kan worden gescoord op zich niet een schending van het beginsel van gelijke behandeling op (vergelijk HvJ EG 17 september 2002, C-513/99 (Finse Bussen), r.o. 85). Van een dergelijke schending zou wel sprake zijn wanneer het gunningscriterium zou zijn toegeschreven naar één of meerdere specifieke inschrijvers. Dit is echter in het onderhavige geval gesteld noch gebleken.

4.20. [Taxicentrale] heeft voorts gesteld dat Netwerk Noordoost in strijd heeft gehandeld met het transparantiebeginsel, nu zij geen specificatie van de opgegeven beschikbaarheidstarieven heeft verlangd, waardoor voor [Taxicentrale] niet objectief is vast te stellen of de inschrijvers hebben voldaan aan de eis dat de beschikbaarheidstarieven kostendekkend dienen te zijn. Deze stelling treft geen doel, nu zij miskent dat [Taxicentrale] niet het recht toekomt om zelf te verifiëren of de winnende inschrijvers hebben voldaan aan de eis dat de geoffreerde beschikbaarheidstarieven kostendekkend dienen te zijn. De geoffreerde beschikbaarheidstarieven en een eventuele specificatie en onderbouwing daarvan betreffen namelijk aan de aanbestedende dienst verstrekte informatie met een vertrouwelijk karakter en op grond van artikel 2.57 lid 1 Aw mag de aanbestedende dienst dergelijke informatie niet openbaar maken.

4.21. De voorzieningenrechter ziet zich vervolgens gesteld voor de vraag of [Taxicentrale] zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat Netwerk Noordoost in strijd heeft gehandeld met het transparantiebeginsel door geen specificatie van de opgegeven beschikbaarheidstarieven van de inschrijvers te verlangen, waardoor Netwerk Noordoost onvoldoende heeft kunnen toetsen of de inschrijvingen voldoen aan de eis dat de beschikbaarheidstarieven kostendekkend dienen te zijn. De voorzieningenrechter beantwoordt deze vraag bevestigend en overweegt daartoe als volgt.

4.22. Netwerk Noordoost heeft aangegeven dat zij mede naar aanleiding van het onderzoeksrapport 'De vloek van de winnende taxi' van september 2016 van onderzoeksbureau SEO Economisch Onderzoek besloten heeft om een minimum te stellen aan het door de inschrijvers te hanteren beschikbaarheidstarief. Eén van de belangrijkste

conclusies in dit onderzoeksrapport is dat er een breed gedragen beeld onder betrokkenen in het doelgroepenvervoer is dat er sprake is van te lage prijzen, veroorzaakt door te lage biedingen bij aanbestedingen, dat wil zeggen biedingen onder de kostprijs, resulterend in teruglopende kwaliteit en financiële problemen bij vervoerders. Het is volgens Netwerk Noordoost uitdrukkelijk een uitgangspunt van haar geweest om rekening te houden met deze signalen en hierop te anticiperen. De voorzieningenrechter concludeert hieruit dat het vereiste dat de geoffreerde beschikbaarheidstarieven kostendekkend dienen te zijn ook in de visie van Netwerk Noordoost een wezenlijk vereiste is.

4.23. Netwerk Noordoost heeft aangevoerd dat alle inschrijvers in de Eigen Verklaring die onderdeel uitmaakt van hun inschrijving hebben verklaard dat zij aan alle gestelde eisen voldoen en dat Taxi NOF, Taxi Dorenbos en VMNN daarnaast op verzoek van Netwerk Noordoost in hun in r.o. 4.11. vermelde verklaringen van 10 mei 2017 respectievelijk 16 mei 2017 desgevraagd nog hebben bevestigd dat zij voldoen aan het vereiste dat de geoffreerde beschikbaarheidstarieven kostendekkend zijn.

4.24. Volgens Netwerk Noordoost mocht zij op grond van vaste jurisprudentie bij de verificatie van de inschrijvingen afgaan op hetgeen door de inschrijvers schriftelijk is ingediend, zoals de Eigen Verklaring. De voorzieningenrechter overweegt in navolging van het arrest van het gerechtshof Amsterdam van 9 juli 2013 (ECLI:NL:GHAMS:2013:3398) dat Netwerk Noordoost in beginsel van de juistheid van een Eigen Verklaring uit mag gaan, maar ook, dat de aanwezigheid van een Eigen Verklaring Netwerk Noordoost niet ontslaat van de verplichting om de naleving van wezenlijke eisen die zich naar hun aard lenen voor een eigen toetsing door Netwerk Noordoost, zoals de eis dat de geoffreerde beschikbaarheidstarieven kostendekkend dienen te zijn, ook op enigerlei wijze zelf te verifiëren. Volgens vaste jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie is voor een objectieve en transparante beoordeling van de verschillende aanbiedingen immers vereist dat de aanbestedende dienst op basis van de door de inschrijvers verstrekte inlichtingen en bewijsstukken daadwerkelijk kan nagaan of de aanbiedingen van deze laatste voldoen aan de gunningscriteria (HvJEG 4 december 2003, C-448/01, Wienstrom). Uit voormeld arrest van het

gerechtshof Amsterdam volgt dat het transparantiebeginsel vergt dat 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 en daarvan blijkt kan geven en duidelijkheid kan scheppen in een situatie als de onderhavige waarin [Taxicentrale] als inschrijver, nadat Netwerk Noordoost een voorlopige gunningsbeslissing bekend heeft gemaakt, twijfel zaait over de geldigheid van de winnende inschrijvingen op het onderdeel van de kostendekkendheid van de geoffreerde beschikbaarheidsstarieven.

4.25. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter heeft [Taxicentrale] de door haar geuite twijfel voldoende onderbouwd om nader onderzoek te rechtvaardigen. Weliswaar is, zoals hiervoor in r.o. 4.15. is overwogen, voorshands niet komen vast te staan dat Taxi Dorenbos, Taxi NOF en VMNN op diverse percelen van perceeltypen 1 en 2 onder hun kostprijs hebben ingeschreven, maar gelet op de door [Taxicentrale] in het geding gebrachte berekeningen, als bedoeld in r.o. 4.13. en de verklaring van de heer [consultant] (hierna: [consultant]) ter zitting, als hierna vermeld in r.o. 4.29., kan dit vooralsnog ook niet worden uitgesloten. Hierbij neemt de voorzieningenrechter in aanmerking dat Netwerk Noordoost ook zelf heeft aangevoerd dat de kostprijs per bedrijf verschilt en afhangt van onder andere de opbouw van het personeelsbestand, de huisvesting, de samenstelling van het wagenpark, etc.

4.26. De voorzieningenrechter acht in dit verband nog van belang dat [Taxicentrale] zeer beperkte mogelijkheden heeft om haar stelling op dit punt nog nader te onderbouwen, nu de inschrijvingen van Taxi Dorenbos, Taxi NOF en VMNN vertrouwelijk zijn en dienen te blijven. VMNN heeft op haar beurt zeer beperkte mogelijkheden om zich te verweren tegen de stelling van [Taxicentrale], nu vanwege de vertrouwelijkheid van haar inschrijving niet van haar gevergd kan worden te onderbouwen hoe de door haar geoffreerde beschikbaarheidsstarieven zijn opgebouwd en waarom dit kostendekkend is. Onder deze omstandigheden is het van wezenlijk belang dat Netwerk Noordoost zelf objectief kan verifiëren of de inschrijvers hebben voldaan aan het vereiste van kostendekkendheid. Dit geldt temeer, nu zij naar eigen zeggen het probleem heeft onderkend dat bij aanbestedingen nog wel eens te lage biedingen plaats-

vinden met alle negatieve gevolgen van dien en daar in deze aanbestedingsprocedure voor heeft willen waken.

4.27. Vast staat dat Netwerk Noordoost in de aanbestedingsstukken noch om een specificatie van de geoffreerde beschikbaarheidsstarieven noch om overlegging van (financiële) stukken ter onderbouwing van de geoffreerde beschikbaarheidsstarieven heeft gevraagd. Wel heeft Netwerk Noordoost een minimum gesteld aan de te offren beschikbaarheidsstarieven. Dit minimum vormt echter naar voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter een onvoldoende maatstaf voor de beoordeling van de kostendekkendheid. Hiertoe overweegt de voorzieningenrechter als volgt.

4.28. Zoals in r.o. 4. 22. is overwogen, heeft Netwerk Noordoost naar eigen zeggen bij de aanbesteding als uitgangspunt gehanteerd dat zij rekening wilde houden met en wilde anticiperen op de signalen uit de taxibranche dat er bij aanbestedingen nog wel eens te lage biedingen, dat wil zeggen biedingen onder de kostprijs, plaatsvinden met alle negatieve gevolgen van dien. Gelet op dit uitgangspunt alsmede op het feit dat Netwerk Noordoost voor alle percelen en perceeltypen hetzelfde minimale beschikbaarheidsstarief heeft vastgesteld, gaat de voorzieningenrechter ervan uit dat het gestelde minimum gezien moet worden als het laagst mogelijke beschikbaarheidsstarief dat volgens Netwerk Noordoost nog kostendekkend is voor alle inschrijvers en voor alle perceeltypen. Netwerk Noordoost heeft aangevoerd dat aan de hoogte van het gestelde minimumtarief van € 22,50 het rapport 'Inzicht in de kosten van kleinschalig vraagafhankelijk vervoer' van december 2016 van CROW, het kenniscentrum voor verkeer, vervoer en infrastructuur, ten grondslag ligt. De bevindingen zijn door Netwerk Noordoost op enkele punten geactualiseerd en aangepast aan de lokale omstandigheden. Zo is gerekend met een hogere gemiddelde rijsnelheid, vanwege het feit dat de opdracht ziet op vervoer in landelijk gebied waar hogere gemiddelden worden gereden dan in stedelijk gebied. Ook wordt er in het rapport van CROW van uitgegaan dat de regiefunctie en het vervoer bij dezelfde partij liggen, terwijl dat bij de opdracht niet het geval is. Daarom zijn de kosten van de regiefunctie uit de berekening gehaald. Een en ander heeft geleid tot een ondergrens van € 22,50, aldus nog steeds Netwerk Noordoost.

4.29. [Taxicentrale] heeft [consultant], werkzaam als consultant bij Panteia, meegenomen naar de zitting als informant. [consultant] heeft ter zitting verklaard dat hij heeft bijgedragen aan het rapport van CROW en dat hij van mening is dat uit dit rapport niet een minimaal kostendekkend tarief voor deze opdracht kan worden gedestilleerd. Hij heeft hiertoe betoogd dat het rapport van CROW enkel ziet op het vraagafhankelijk basisvervoer en niet op het piekvervoer, waar de opdracht eveneens op ziet, en dat de kostprijs van het piekvervoer duurder is dan van het basisvervoer. Voorts heeft hij als argument aangedragen dat het onderzoek van CROW in andere regio's is uitgevoerd dan Friesland en dat de conclusies in het onderzoek omtrent de kostprijs van het vervoer daarom niet representatief zijn voor de kostprijs van het vervoer in de regio Noordoost-Friesland, waar de opdracht op ziet. Netwerk Noordoost heeft deze argumenten onvoldoende bestreden. Daarom is voorhands niet aannemelijk geworden dat het CROW-rapport een juist uitgangspunt vormt voor het vaststellen van een minimaal kostendekkend tarief voor alle perceeltypen in de regio Noordoost-Friesland. Nu het door Netwerk Noordoost gestelde minimumtarief van € 22,50 op dit rapport is gebaseerd, vormt dit minimum een onvoldoende maatstaf voor de beoordeling van de vraag of de geoffreerde beschikbaarheidstarieven kostendekkend zijn.

4.30. Uit de hiervoor in r.o. 4.25. vermelde arresten volgt dat de aanbestedende dienst het beginsel van gelijke behandeling en het transparantiebeginsel schendt, indien hij een gunningscriterium vaststelt en niet in staat is na te gaan of de door de inschrijvers verstrekte inlichtingen juist zijn, aangezien dat criterium de transparantie en de objectiviteit van de aanbestedingsprocedure in dat geval niet waarborgt. De voorzieningenrechter is gelet op hetgeen hiervoor is overwogen van oordeel dat Netwerk Noordoost dat beginsel in de onderhavige aanbesteding heeft geschonden. Zij hebben wel de eis van kostendekkende beschikbaarheidstarieven gesteld, maar de inschrijvers behoudens de Eigen Verklaring - niet gevraagd om enigerlei vorm van onderbouwing, terwijl het door haar gestelde minimumtarief een onvoldoende maatstaf vormt voor de beoordeling van de kostendekkendheid. Netwerk Noordoost heeft dan ook niet kunnen nagaan of de door de inschrijvers verstrekte inlichting dat hun prijzen kostendekkend zijn, juist is. De eis van kostendekkende

prijzen is daarom in het licht van (onder meer) het eerderevermelde Wienstrom-arrest een ongeldig (onderdeel van een) gunningscriterium. Nu sprake is van een ongeldig gunningscriterium zal Netwerk Noordoost de onderhavige aanbesteding op basis van vaste rechtspraak van het Europese Hof van Justitie niet kunnen voortzetten. Dit brengt mee dat de subsidiaire vordering om de inschrijvingen aangaande de (kost)prijs voor het beschikbaarheidstarief te laten (her) beoordelen door een nieuw van Netwerk Noordoost onafhankelijk beoordelingssteam niet kan worden toegewezen. Gelet op hetgeen in r.o. 4.4. is overwogen, treft de subsidiaire vordering om Netwerk Noordoost te gebieden om binnen 48 uur na datum van het vonnis, althans binnen een door de voorzieningenrechter in goede justitie te bepalen termijn, de voorlopige gunningsbeslissing van Netwerk Noordoost in te trekken, ditzelfde lot.

4.31. De meer subsidiaire vordering om Netwerk Noordoost te verbieden de opdracht op basis van onderhavige aanbesteding te gunnen en te gebieden over te gaan tot een heraanbesteding, voor zover zij deze opdracht nog altijd in de markt wil zetten, is gelet op het vorenstaande wel toewijsbaar. Hieraan doet niet af dat deze vordering ziet op een verbod op gunning van de gehele opdracht en een gebod tot heraanbesteding van de gehele opdracht terwijl de bezwaren van [Taxicentrale] enkel betrekking op de percelen waar zij op geschreven heeft en die niet aan haar zijn gegund. Het ongeldige (onderdeel van het) gunningscriterium geldt namelijk voor alle percelen en de aanbesteding van het deel van de opdracht waar de bezwaren van [Taxicentrale] op zien, is zo nauw verweven met de aanbesteding van de rest van de opdracht dat heraanbesteding van dat deel van de opdracht ook tot heraanbesteding van de rest van de opdracht moet leiden. De nauwe verwevenheid blijkt onder meer uit het feit dat de gunning van de opdracht per perceel plaatsvindt aan de inschrijver die de inschrijving met de beste prijs-kwaliteitverhouding heeft ingediend over het totaal van de percelen heen en dat een inschrijver voor maximaal acht percelen kan worden gecontracteerd.

4.32. Het eveneens meer subsidiair gevorderde gebod tot intrekking van de voorlopige gunningsbeslissing is, gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, ook toewijsbaar. De voorzieningenrechter acht termen aanwezig om aan deze veroordeling

een termijn van een week na betekening van het vonnis te verbinden in plaats van de primair gevorderde 48 uur na de datum van het vonnis.

4.33. Netwerk Noordoost zal als de in het ongelijk te stellen partij in de proceskosten worden veroordeeld. Hoewel niet in het petitum gevorderd, zal ook VMNN als de in het ongelijk te stellen interveniënt – op grond van artikel 237 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering – worden veroordeeld in de kosten van deze procedure (vergelijk

H R 28 november 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9604). In de omstandigheid dat VMNN zich aan de zijde van Netwerk Noordoost heeft gevoegd en volwaardig verweer tegen de vorderingen van [Taxicentrale] heeft gevoerd, ziet de voorzieningenrechter aanleiding Netwerk Noordoost en VMNN elk voor de helft in de proceskosten aan de zijde van [Taxicentrale] te veroordelen. De proceskosten aan de zijde van [Taxicentrale] worden vastgesteld op:

dagvaarding: € 85,21

griffierecht € 618,00

salaris advocaat € 816,00

Totaal € 1.519,21

4.34. De voorzieningenrechter zal tot slot de gevorderde nakosten toewijzen op de wijze als in het dictum omschreven. Nu deze vordering niet tegen VMNN is ingesteld zal enkel Netwerk Noordoost in deze kosten worden veroordeeld.

4.35. Tot slot zal het vonnis, zoals gevorderd, wat betreft de veroordelingen van Netwerk Noordoost uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard.

5 De beslissing

De voorzieningenrechter in het incident:

5.1. compenseert de proceskosten in die zin dat iedere partij zijn eigen kosten draagt; in de hoofdzaak:

5.2. verbiedt Netwerk Noordoost de opdracht op basis van de onderhavige aanbesteding te gunnen; 5.3. gebiedt Netwerk Noordoost om binnen een week na betekening van dit vonnis haar voorlopige beslissing om de percelen van perceeltype 1 en 2 waar [Taxicentrale] op heeft ingeschreven niet aan [Taxicentrale] te gunnen maar aan andere inschrijvers, in te trekken, welke beslissing aan [Taxicentrale] bekend is gemaakt bij brief van 14 maart 2017;

5.4. gebiedt Netwerk Noordoost over te gaan tot heraanbesteding van de opdracht, voor zover zij deze opdracht nog altijd in de markt wil zetten;

5.5. veroordeelt Netwerk Noordoost tot betaling aan [Taxicentrale] van € 759,61 ter zake van proceskosten;

5.6. veroordeelt Netwerk Noordoost in de na dit vonnis ontstane kosten van [Taxicentrale], begroot op € 131,00 aan salaris advocaat, te vermeerderen, onder de voorwaarde dat Netwerk Noordoost niet binnen 14 dagen na inschrijving aan het vonnis heeft voldaan en er vervolgens betekening van de uitspraak heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 68,00 aan salaris advocaat;

5.7. verklaart het vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

5.8. veroordeelt VMNN tot betaling aan [Taxicentrale] van € 759,61 ter zake van proceskosten;

5.9. wijst af het meer of anders gevorderde.

Commissie van Aanbestedingsexperts

169

Commissie van Aanbestedingsexperts

24 februari 2017, Advies 401

(mr. Janssen, mr. Jansen, mr. Chen)

Noot mr. M.M. Fimerius en mr. M. Turk

Proportionaliteit geschiktheidseisen. Proportionaliteit selectiecriteria. Referentie-eisen. Stapeling kerncompetenties.

[Aanbestedingswet 2012 art. 1.10; Gids Proportionaliteit Voorschrift 3.4 A, Voorschrift 3.5 G lid 1]

Beklaagde heeft op 21 december 2017 een Europese niet-openbare procedure aangekondigd voor een overheidsopdracht voor diensten betreffende het bouwmanagement voor een nieuw te bouwen school.

Klager stelt dat de door beklagde gehanteerde selectiesystematiek in strijd is met artikel 1.10 Aw 2012, in het bijzonder Voorschrift 3.5 G, lid 1, Gids Proportionaliteit.

Beoordeling

In de onderhavige aanbestedingsprocedure scoren gegadigden die aan de geschiktheidseisen voldoen beter indien zij in het kader van de toepassing van de selectiecriteria meer referenties kunnen overleggen en indien zij referenties kunnen overleggen met een combinatie van meer competenties uit de selectiecriteria. De Commissie is van oordeel dat beklagde op deze wijze in strijd handelt met de ratio van de Gids Proportionaliteit.

Indien een aanbestedende dienst kiest voor een niet-openbare procedure mag hij in beginsel per kerncompetentie één referentie eisen (Voorschrift 3.5 G, lid 1, Gids Proportionaliteit, zie Advies 34, overweging 6.1). Voorts moet hij toestaan dat met één referentie wordt aangetoond dat aan meerdere kerncompetenties wordt voldaan (zie Advies 36, overweging 6.4.3 en Advies 308, overweging 5.2.4). In beginsel mag hij geen combinatie van verschillende kerncompetenties in één referentie eisen (vgl. Advies 312, overweging 5.2 jo. 5.3). Daarmee wordt voorkomen dat de geschiktheidseisen er toe leiden dat (grote) ondernemingen met meer ervaring bevoordeeld worden ten opzichte van kleinere ondernemingen of toetreders die eveneens geschikt zijn de opdracht uit te voeren.

Bij complexe opdrachten of hoogwaardige dienstverlening kan, indien noodzakelijk, gemotiveerd van Voorschrift 3.5 G, lid 1, Gids Proportionaliteit worden afgeweken door meerdere referenties voor één kerncompetentie te eisen. Ook kan ervaring met meerdere kerncompetenties in één referentieproject noodzakelijk zijn en daarom als geschiktheidseis worden gesteld.

In het licht van de ratio van de Gids Proportionaliteit is het vervolgens evenmin toegestaan om in het kader van de selectiecriteria meer referenties per (kern)competentie hoger te laten scoren. Hetzelfde geldt voor het toekennen van een betere score aan een combinatie van (kern)competenties of aan een hoger aantal referenties met een grote projectwaarde. Anders dan bij het hanteren van geschiktheidseisen wordt de toegang tot de opdracht voor een onderneming die niet aan de selectiecriteria kan voldoen op zich niet geblokkeerd. Op deze wijze worden echter (grote) ondernemingen met meer ervaring bevoordeeld ten opzichte van kleinere ondernemingen of toetreders die eveneens geschikt zijn de opdracht uit te voeren. Hoewel het niet is uitgesloten dat deze selectiesystematiek Europees aanbestedingsrechtelijk is toegestaan, omdat zij op zich voldoende verband zou kunnen houden met het voorwerp van de opdracht in de zin van artikel 1.10 Aw 2012, is een dergelijke systematiek niet in overeenstemming met de ratio van de Gids Proportionaliteit.

De klacht is gegrond.

Advies

De Commissie acht de klacht gegrond.

Aanbeveling

De Commissie beveelt aanbestedende diensten allereerst aan bij de voorbereiding van hun keuze tussen de (Europese of nationale) openbare of niet-openbare procedure Voorschrift 3.4 A Gids Proportionaliteit ter harte te nemen.

Wanneer een aanbestedende dienst, al dan niet met behulp van een marktverkenning, deze afwijking maakt, dient hij zich te realiseren dat de openbare procedure als voordeel heeft dat de gunningsfase betere mogelijkheden biedt dan de selectiefase om tot een ranking van de verschillende inschrijvers op basis van hun inschrijvingen te komen. Het risico bij een onvoldoende doordachte keuze voor de niet-openbare procedure is dat in de selectiefase geschikte gegadigden afvallen die in de gunningsfase mogelijk de economisch meest voordelige aanbidding zouden hebben kunnen doen. Het voorgaande laat onverlet dat hoge transactiekosten voor de inschrijvers en de aanbestedende dienst in combinatie met een hoog aantal potentiële inschrijvers – gebaseerd op inschrijvingen die in het kader van een marktverkenning worden gemaakt – zeker een reden kunnen zijn om te kiezen voor de niet-openbare aanbestedingsprocedure waarbij het aantal geschikte inschrijvers dat wordt uitgenodigd tot het indienen van een inschrijving wordt beperkt.

Het volledige advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts is te raadplegen op www.commissievanaanbestedingsexperts.nl

NOOT

Shortlisten op basis van referenties: Mag het een beetje meer zijn?

In dit advies concludeert de Commissie van Aanbestedingsexperts ('Commissie') dat het in het licht van de ratio van de Gids Proportionaliteit niet is toegestaan om in het kader van de nadere selectie meer referenties per (kern)competentie beter te laten scoren. Hetzelfde geldt, volgens de Commissie, voor het toekennen van een hogere score aan een combinatie van (kern)competenties of aan een hoger aantal referenties met een grote projectwaarde.

De Commissie is met de klager van oordeel dat de gehanteerde selectiesystematiek in strijd is met de ratio van de Gids Proportionaliteit. De Commissie meent dat de Voorschriften 3.5 F en G van de Gids Proportionaliteit die zien op geschiktheidseisen ook van toepassing zijn op de selectiecriteria. De Commissie acht de selectiesystematiek disproportioneel, omdat de aanbestedende dienst in principe per kerncompetentie één referentie mag vragen.¹ Bovendien kan de aanbestedende dienst in beginsel niet eisen dat één referentie aan verschillende kerncompetenties moet voldoen.² De gehanteerde selectiemethode druist in tegen de ratio van de Gids Proportionaliteit, namelijk dat meer niet altijd beter hoeft te zijn. Tot slot meent de Commissie dat de selectiemethode (grote) ondernemingen met meer ervaring bevoordeelt ten opzichte van kleinere ondernemingen of toetreders die eveneens geschikt zijn de opdracht uit te voeren.

Advies 312 vs advies 401

Advies 312 betreft een casus die vergelijkbaar is met de casus die in advies 401 voorligt. De gegadigden scoorden ook hier beter naar gelang de referenties een combinatie aan kerncompetenties omvatten. De Commissie overweegt in advies 312 dat de aanbestedende dienst een weloverwogen keuze had gemaakt om de gevraagde combinatie van kerncompetenties als selectiecriteria te hanteren en niet als geschiktheidseisen. Zij overweegt dat op basis van de Gids Proportionaliteit een stapeling van kerncompetenties eerder toelaatbaar is in de vorm van selectiecriteria dan verdisconteerd in geschiktheidseisen. Bij selectiecriteria is er namelijk alleen sprake van een verminderde kans op toelating, terwijl bij geschiktheidseisen er geen toegang tot de opdracht zou zijn. Deze selectiemethode zorgt ervoor dat marktpartijen die over een grotere en meer diverse ervaring beschikken een grotere kans op selectie hebben.

De Commissie overweegt in advies 312 dat afhankelijk van de omstandigheden van het geval het uitvragen van een combinatie aan kerncompetenties in één referentiewerk als selectiecriteria

zinvol kan zijn en dus toelaatbaar is.³ Zij acht het van belang dat sprake is van een zodanige samenhang van de kerncompetenties dat het kunnen beschikken over een combinatie van competenties ontleent aan één referentie een grotere mate van geschiktheid oplevert.⁴ De klachten in advies 312 zijn ongegrond, omdat er een voldoende mate van samenhang aanwezig was en de aanbestedende dienst dus niet in strijd handelde met de Gids Proportionaliteit.

In advies 401 komt de Commissie terug op haar conclusies in advies 312.⁵ Zij oordeelt dat zij in haar eerdere advies 312 heeft geabstraheerd van de vraag of de selectiesystematiek er toe leidde dat grote ondernemingen werden bevoordeeld. Zij acht de selectiemethode in advies 312 alsnog in strijd is met de ratio van de Gids Proportionaliteit.

Kritiek

Een selectiemethode waarbij gegadigden beter scoren als zij meer referenties overleggen die een combinatie hebben van meer (kern)competenties, kan ertoe leiden dat (grote) ondernemingen bevoordeeld worden. De Commissie wijst op die grond een dergelijke selectiemethode af. Dat is onzes inziens onterecht. De overwegingen van de Commissie in advies 312 vinden wij meer juist.

Het doel van selectiecriteria is om van de geschikte gegadigden die gegadigden te selecteren die het meest geschikt zijn. De selectiecriteria dienen objectief en niet-discriminerend te zijn.⁶ Wij menen dat ook selectiecriteria proportioneel dienen te zijn en daarmee in een redelijke verhouding te staan tot het voorwerp van de opdracht. Bovendien mogen selectiecriteria geen betrekking hebben op feitelijke elementen die geen voorwerp vormen van de inlichtingen die de aanbestedende dienst op basis van artikelen 2.91 en 2.93 Aw mag inwinnen.⁷ Binnen deze kaders heeft de aanbestedende dienst de vrijheid

1 Ov. 5.6

2 Ov. 5.6.

3 Advies 312, ov. 5.3.

4 Advies 312, ov. 5.3.

5 Advies 402, ov. 5.10.

6 Artikel 2.100 Aw.

7 HvJ EG 3 juni 1992, Zaak C-360/89, ECLI:EU:C:1992:235.

om selectiecriteria te formuleren die hij relevant acht voor het selecteren van gegadigden voor een bepaalde opdracht.

Wij menen dat een selectie criterium waarbij meer (dan één) ervaring op een bepaalde kerncompetentie hoger wordt gescoord en/of waarbij een combinatie van (kern)competenties hoger wordt gescoord of waarbij een hoger aantal referenties met een grote projectwaarde hoger wordt gescoord, niet in zijn algemeenheid disproportioneel kan worden geacht. Dat is echter wel wat de Commissie in haar advies aangeeft. Om die reden kunnen wij ons in dit advies niet vinden.

De Commissie schenkt in de beoordeling van de klacht ten onrechte geen aandacht aan de voorliggende opdracht noch aan de overwegingen van de aanbestedende dienst om de selectiemethode vast te stellen zoals zij heeft gedaan.

Onzes inziens is het goed denkbaar dat een aanbestedende dienst een onderneming met meer ervaring op een bepaalde (kern)competentie hoger waardeert, dan een onderneming die slechts eenmaal heeft bewezen over een bepaalde competentie te beschikken. Zeker voor complexe en/of omvangrijke opdrachten zal gelden dat een onderneming met meer ervaring beter op die complexiteit en/of omvang is ingericht dan een onderneming die bij uitzondering een project van dergelijke complexiteit en/of omvang heeft uitgevoerd.

De Gids Proportionaliteit stelt dat meer niet altijd beter is. Die stelling sluit niet uit dat in bepaalde gevallen 'meer wel degelijk beter is'. Het vragen van meerdere referenties per kerncompetentie voor het selecteren van gegadigden kan daarom onzes inziens wel degelijk zinvol, proportioneel en dus toelaatbaar zijn. Denk bijvoorbeeld aan een opdracht voor de realisatie van een omvangrijk bouwproject. De interne organisatie van een aannemer met veel ervaring met omvangrijke bouwprojecten zal beter zijn afgestemd op het aanbestede project, hetgeen wellicht tot een beter resultaat en een efficiëntere uitvoering van de opdracht zal leiden.

De Commissie hecht veel waarde aan het vergroten van de mogelijkheden voor het MKB om toegang te hebben tot overheidsopdrachten. De Gids Proportionaliteit strekt volgens ons niet zo ver dat selectie van het MKB voor een overheidsopdracht gegarandeerd moet zijn. In onderhavig geval heeft het MKB toegang tot de opdracht. Echter als er meer dan vijf gegadigden zijn, dan dient het een aanbestedende dienst vrij te staan om te kiezen voor de ondernemers met de meeste ervaring, indien voor de opdracht meer ervaring wenselijk is.

De Commissie geeft aan dat wanneer meer ervaring of een combinatie van (kern)competenties belangrijk is voor een opdracht de aanbestedende dienst ervoor kan kiezen dit gemotiveerd in de geschiktheidseisen te verdisconteren. Bij de keuze of een criterium in de geschiktheidseisen of in de selectiecriteria wordt opgenomen, gaat het er onzes inziens om of de aanbestedende dienst van oordeel is dat in het kader van de voorliggende opdracht meer ervaring of een combinatie van (kern)competenties is *vereist* (geschiktheidseis) of *wenselijk* is (selectie criterium). Opvallend is dat deze overweging van de Commissie haaks staat op wat zij aangeeft in advies 312. Daar overweegt de Commissie dat een opstapeling van kerncompetenties eerder toelaatbaar zal zijn in het kader van selectiecriteria dan bij de geschiktheidseisen. Waar deze ommezwaai vandaan komt, wordt in het advies niet toegelicht.

Conclusie en enkele vuistregels voor de praktijk

De Commissie past in dit advies de voorschriften uit de Gids Proportionaliteit die gelden voor de geschiktheidseisen toe op de selectiecriteria.⁸ Dat leidt onzes inziens tot een onwenselijke uitkomst, te weten de conclusie van de Commissie dat het in het algemeen niet is toegestaan om in het kader van de selectiecriteria meer referenties per (kern)competentie beter te laten scoren en/of een hogere score toe te kennen aan een combinatie van (kern)competenties en/of een hogere score toe te kennen aan een hoger aantal referenties met een grote projectwaarde.

⁸ Ov. 5.3.6 en 5.3.7.

Volgens ons dient per opdracht te worden beschouwd of de gehanteerde selectiecriteria proportioneel zijn. Wij menen dat voor bepaalde opdrachten meer ervaring wenselijk kan zijn waardoor een aanbestedende dienst ervoor kiest dit als selectie criterium mee te nemen. Ditzelfde geldt ons inziens voor het vragen naar een combinatie van (kern)competentie of een bepaalde projectwaarde.

Het is de vraag hoe een (voorzieningen)rechter zal oordelen over de vraag of meer referenties per (kern)competentie danwel een combinatie van (kern)competenties, danwel een grote projectwaarde kunnen worden verlangd in het kader van de nadere selectie. De adviezen van de CvAE zijn namelijk niet bindend voor de (voorzieningen)rechter.

Op basis van het voorliggende advies adviseren wij aanbestedende diensten om extra kritisch te zijn bij het hoger waarderen van meer referenties of een combinatie van (kern)competenties of een grote projectwaarde in de selectiecriteria. Onze verwachting is dat de markt hiertegen eerder zal opkomen vanwege dit advies. De aanbestedende dienst dient ermee rekening te houden dat zij de proportionaliteit van een dergelijke selectiemethode moet kunnen verantwoorden voor de (voorzieningen)rechter.

M.M. Fimerius,
advocaat bij AKD

M. Turk,
advocaat AKD

170

Commissie van Aanbestedingsexperts
28 februari 2017, Advies 287
(mr. Janssen, mr. Jansen)
Noot mr. J.W.A. Meesters

Gelijkheidsbeginsel. Transparantiebeginsel. Kwalitatieve gunningscriteria. Motivering gunningsbeslissing. Gunningssystematiek. Beoordelingsmethodiek. Rechtsverwerking. Gefaseerde inschrijvings- en gunningsprocedure. Deelbeslissing. Klachtencommissie.

[Aanbestedingswet 2012 art. 1.12, 2.130]

Beklaagde heeft een nationale openbare procedure aangekondigd voor een overheidsopdracht voor diensten betreffende het ontwikkelen, plannen, organiseren en uitvoeren van een collectief opleidingsprogramma voor aankomende topmanagers van de overheid. Beklaagde is een uitvoeringsorganisatie van het Rijk en organiseert deze aanbestedingsprocedure namens een ministerie.

In art. 1.12 Aw 2012 is bepaald dat een aanbestedende dienst de ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze dient te behandelen en ook overigens transparantie in zijn handelen dient te betrachten.

Van belang is dat (i) zodanige criteria worden geformuleerd dat het voor een kandidaat-inschrijver volstrekt duidelijk is aan welke kwaliteitseisen hij moet voldoen, (ii) de inschrijvingen aan de hand van een zo objectief mogelijk systeem worden beoordeeld en (iii) de aanbestedende dienst zijn uiteindelijke keuze motiveert op een wijze die het voor de afgewezen inschrijvers mogelijk maakt om (a) de wijze waarop de beoordeling heeft plaatsgevonden te toetsen en (b) te controleren of de beoordeling de (voorlopige) gunningsbeslissing rechtvaardigt. Een aanbestedende dienst is gehouden om de inschrijving overeenkomstig de door hem gestelde eisen te beoordelen en mag geen afwegingsregels of subcriteria toepassen die hij niet vooraf ter kennis van de inschrijvers heeft gebracht, omdat anders in strijd met het transparantie- en gelijkheidsbeginsel zou worden gehandeld. Deze verplichtingen rusten ook op een aanbestedende dienst in het geval van een nationale openbare procedure en een meervoudig onderhandse procedure.

Deze uitgangspunten laten onverlet dat enige mate van subjectiviteit bij de beoordeling van een kwalitatief gunningscriterium onvermijdelijk is en dat de aanbestedende dienst bij een dergelijk criterium de inschrijvers enige vrijheid kan laten om hun inventiviteit te tonen. Van een aanbestedende dienst hoeft binnen het kader van de hiervoor genoemde uitgangspunten niet te worden verwacht dat hij criteria zodanig beschrijft, in die zin dat hij zeer exact en zeer gedetailleerd aangeeft wat nodig is om een maximale score te behalen.

In het verlengde van de onder (iii) bedoelde verplichting is een aanbestedende dienst bovendien verplicht aan alle inschrijvers de gunningsbeslissing met de relevante redenen voor deze beslissing mee te delen. Deze motiveringsplicht heeft in het geval van een nationale openbare procedure of een meervoudig onderhandse procedure dezelfde strekking als de motiveringsplicht van artikel 2.130 Aw.

Klachtonderdeel 1

Klager heeft haar bezwaren betreffende het gebrek aan objectiviteit en transparantie van de gunnings- en beoordelingssystematiek pas naar voren gebracht nadat zij de mededeling van de gunningsbeslissing van beklagde had ontvangen. De Commissie is van oordeel dat klager haar bezwaren daarmee op een te laat tijdstip naar voren heeft gebracht en ziet niet in waarom klager die bezwaren niet eerder naar voren had kunnen brengen.

Dat betekent dat zij in dit stadium niet meer kan opkomen tegen de mogelijke schending van het transparantiebeginsel.

Het eerste klachtonderdeel is derhalve ongegrond.

Klachtonderdeel 2

De Commissie stelt vast dat beklagde met haar keuze voor toepassing van een gefaseerde inschrijvings- en gunningsprocedure de facto heeft bewerkstelligd dat een aantal inschrijvers al tijdens die procedure van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure worden uitgesloten, waarna beklagde de procedure voortzet met de vier inschrijvers die de – op dat moment – best scorende inschrijvingen hebben ingediend. De consequentie van de keuze voor een dergelijke gefaseerde procedure is dat de deelbeslissingen die beklagde in het kader daarvan neemt, en die uiteindelijk uitmonden in de gunning van de opdracht aan één van de inschrijvers, eveneens gefaseerd worden genomen.

Voor de voortijdig uitgesloten inschrijvers – zoals klager – houdt de mededeling van de deelbeslissing dat zij niet tot de presentaties zijn toegelaten

de facto in dat zij nauwelijks nog een reële kans maken op het verwerven van de opdracht. Die kans wordt vervolgens alleen nog maar kleiner doordat de vier inschrijvers die op dat moment nog in de race zijn in de gelegenheid worden gesteld presentaties te verzorgen die uiteindelijk mede ten grondslag zullen liggen aan de volgende deelbeslissing die leidt tot de keuze van de winnende opdrachtnemer.

De Commissie is van oordeel dat een aanbestedende dienst met het oog op het belang van een effectieve rechtsbescherming iedere inschrijver, die ten gevolge van een (deel)beslissing van die aanbestedende dienst geen reële kans meer maakt op verwerving van de opdracht, desgevraagd zo spoedig mogelijk op de hoogte moet stellen van de redenen die aan die beslissing ten grondslag hebben gelegen. Een dergelijke verplichting is met name relevant in een geval als het onderhavige, waarin een aanbestedende dienst na de mededeling van de betreffende deelbeslissing mogelijk onomkeerbare vervolgbeslissingen neemt.

Het tweede klachtonderdeel is derhalve gegrond.

Klachtonderdeel 4

De Commissie heeft in de motivering van de mededeling van de gunningsbeslissing geen aanknopingspunten gevonden die een basis zouden kunnen bieden voor het oordeel dat beklagde heeft gehandeld in strijd met haar hierboven onder (iii) bedoelde verplichtingen.

Het vierde klachtonderdeel is derhalve ongegrond.

Klachtonderdeel 3

De Commissie is van oordeel dat de wijze waarop een aanbestedende dienst de interne afhandeling van klachten met betrekking tot een aanbesteding organiseert weliswaar als een handelen of nalaten van die aanbestedende dienst kwalificeert, maar niet als een handelen of nalaten dat binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 valt. De Commissie zal dit klachtonderdeel derhalve niet in behandeling nemen.

Dit laat onverlet dat – voor zover een intern klachtenmeldpunt van een aanbestedende dienst een bij haar ingediende klacht afwijst – de Commissie zich bij de behandeling van een klacht inhoudelijk zal kunnen uitlaten over de wijze waarop die afwijzing door dat klachtenmeldpunt is onderbouwd.

Advies en aanbeveling

De Commissie acht de klachtonderdelen 1 en 4 ongegrond, klachtonderdeel 2 gegrond en neemt klachtonderdeel 3 niet in behandeling 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

Rechtsbescherming bij deelbeslissingen: laveren tussen motivering en rechtsverwerking

Volgens de CvAE moet een aanbestedende dienst die het gunningsproces in fasen doorloopt, onder omstandigheden vooruitlopend op de nog te nemen gunningsbeslissing de reeds afgewezen inschrijvers in kennis stellen van de redenen voor afwijzing, om zo effectieve rechtsbescherming te verzekeren. Een interessante vraag die de CvAE onbeantwoord laat, is waar een dergelijke verplichting concreet toe leidt. Mag of moet de afgewezen inschrijver vervolgens ook meteen een kort geding starten? Ook rijst de vraag of afgewezen inschrijvers die het advies van de CvAE ter harte nemen en een motivering van hun afwijzing afdwingen vooruitlopend op de bekendmaking van de gunningsbeslissing, daarmee niet in het zwaard van een succesvol rechtsverwerkingsverweer lopen. Alle redenen dus om het oordeel van de CvAE op het tweede klachtonderdeel aan een nadere beschouwing te onderwerpen.¹

In deze casus heeft de aanbestedende dienst bepaald dat alleen de vier inschrijvers met de hoogste kwaliteitscores voor hun schriftelijke inschrijving worden uitgenodigd voor een presentatie. Ook moeten inschrijvers ten minste een minimum aantal punten halen voor ieder afzonderlijk kwaliteitsaspect om te worden toegelaten tot de verdere beoordeling. Klager wordt niet uitgenodigd voor de presentatie. De aanbestedende dienst is niet bereid deze beslissing te motiveren aan de hand van een overzicht van de (door klager en de overige inschrijvers) behaalde scores. Veel later verneemt klager dat hij

1 Ik laat de overige drie klachtonderdelen in deze noot onbesproken.

de kwaliteitsdrempel niet heeft gehaald en pas bij de bekendmaking van de gunningsbeslissing ontvangt hij een tabel met alle door hem en door de winnaar behaalde scores met een toelichting. Tijdens de bezwaartermijn ontvangt hij nog een overzicht van alle scores van alle inschrijvers, waaruit blijkt dat negen van de dertien inschrijvers de kwaliteitsdrempel niet hebben gehaald en dat klager het laagst van allemaal heeft gescoord op kwaliteit.

De CvAE² neemt in haar advies het standpunt in dat de aanbestedende dienst gehouden was klager zo spoedig mogelijk op de hoogte te stellen van de redenen die aan de afwijzing ten grondslag hadden gelegen, in het bijzonder omdat daarna mogelijk onomkeerbare vervolgbeslissingen zouden worden genomen. De CvAE sluit expliciet aan bij de ratio van art. 2.130 Aw en overweegt: *“met het verstrekken van een motivering biedt de aanbestedende dienst de inschrijvers – op een moment waarop dat voor die inschrijvers nog zinvol is met het oog op hun belang van een effectieve rechtsbescherming – voldoende houvast om te kunnen beoordelen of zij wensen op te komen tegen de voor hen ongunstige beslissing.”*

Het gaat hier om een nationale aanbesteding. Art. 1.12 lid 2 Aanbestedingswet 2012 (“Aw”) formuleert als algemeen beginsel dat een aanbestedende dienst in een nationale aanbesteding transparant moet handelen. Volgens de wetgever vloeit daaruit tevens voort dat de aanbestedende dienst aan het eind van de procedure inzichtelijk moet maken voor welke ondernemer hij voornemens is te kiezen en welke redenen daaraan ten grondslag liggen.³ Ook in de rechtspraak en in eerdere adviezen van de CvAE is

2 Vermeldenswaard is ook overweging 5.5.4, waarin de CvAE stelt dat de kans van klager op het verwerven van de opdracht nog kleiner zou zijn geworden doordat de vier inschrijvers die nog in de race waren gelegenheid kregen een presentatie te verzorgen. Ik zie niet in hoe de gunningskans van klager als zodanig kleiner zou worden door de presentatieronde. Ter discussie staat immers of zijn eigen afwijzing al dan niet terecht is.

3 Kamerstukken II 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 55.

aangenomen dat de motiveringsverplichting in een nationale aanbesteding dezelfde strekking heeft als de motiveringsverplichting conform art. 2.130 Aw.⁴ De vraag rijst echter waarom de CvAE in casu niet heeft verwezen naar art. 2.103 lid 3 Aw, waarin is bepaald dat een afgewezen inschrijver zo spoedig mogelijk, maar binnen vijftien dagen na ontvangst van het schriftelijke verzoek daartoe, in kennis moet worden gesteld van de redenen voor zijn afwijzing. Nu het om een afgewezen inschrijver ging die, vooruitlopend op de nog te nemen gunningsbeslissing, verzocht om een motivering van zijn afwijzing, had het meer voor de hand gelegen om een motiveringsverplichting aan te nemen die qua strekking overeenkomt met het bepaalde in art. 2.103 lid 3 Aw, dan de bedoeling van de wetgever met art. 2.130 Aw⁵ erbij te halen (zie ov. 5.5.5 van het advies).

De kern van deze deelklacht is volgens de CvAE dat aan de inschrijver effectieve rechtsbescherming moet worden geboden. De CvAE stelt dat afgewezen inschrijvers in staat moeten worden gesteld om op te komen *“tegen de voor hen ongunstige beslissing”*, waarmee de CvAE onmiskenbaar doelt op de afwijzingsbeslissing (en niet op de gunningsbeslissing). Het vereiste van *“doeltreffende rechtsbescherming”* als bedoeld in de Rechtsbeschermingsrichtlijn⁶ (en geïmplementeerd in de Aw) verlangt echter niet dat tegen iedere relevante beslissing in een aanbesteding direct bezwaar moet kunnen worden gemaakt. De doeltreffendheid van de rechtsbescherming die de Rechtsbeschermingsrichtlijn voorschrijft, is verzekerd zolang zich geen onomkeerbare gevolgen voordoen en de beweerde inbreuk ongedaan kan worden gemaakt.⁷ In beginsel betekent dit dat (afgewezen) inschrijvers nog doeltreffend bezwaar kunnen maken naar aanleiding van de gunningsbeslissing, die als zodanig geen onomkeerbare gevolgen teweeg brengt gelet op de verplichte opschortende termijn die

daaraan is gekoppeld (art. 2.127 Aw). In de Rechtsbeschermingsrichtlijn wordt in dat kader bijvoorbeeld geen verplichting aangenomen om al een bezwaartermijn in acht te nemen ten aanzien van de selectiebeslissing in een niet-openbare procedure. De CvAE baseert haar redenering mede op de constatering dat na de afwijzingsbeslissing mogelijk onomkeerbare vervolgbeslissingen zouden worden genomen. Hoewel dat bij een vrijwillige nationale aanbesteding aan de orde zou kunnen zijn, lijkt die constatering hier niet op zijn plaats. Het stond in casu niet ter discussie dat de aanbesteder een bezwaartermijn in acht zou nemen na bekendmaking van de gunningsbeslissing (en in zoverre geen onomkeerbare vervolgbeslissingen zou nemen).

Voor de positie van de afgewezen inschrijver is voorts van belang dat de Nederlandse wetgever heeft afgezien van de mogelijkheid die de Rechtsbeschermingsrichtlijn biedt om aan de beslissing tot uitsluiting c.q. afwijzing van een inschrijver conform art. 2.103 Aw een vervaltermijn te koppelen waarbinnen bezwaar moet worden gemaakt. Had de wetgever dit wel gedaan, dan zou het maken van bezwaar na omekomst van die bezwaartermijn niet meer mogelijk zijn en zou de betreffende afgewezen inschrijver niet langer worden aangemerkt als *“betrokken inschrijver”* in de zin van art. 2.128 Aw.⁸ Nu dit niet is gebeurd, is het uitgangspunt in mijn optiek dat bezwaren tegen een afwijzing zoals thans aan de orde formeel pas kenbaar hoeven te worden gemaakt na bekendmaking van de gunningsbeslissing (ook bij een gefaseerd gunningsproces), tenzij de aanbestedende dienst in de aanbestedingsstukken zelf in een als vervaltermijn geformuleerde bezwaartermijn voor eerder afgevallen inschrijvers heeft voorzien. Een juridische verplichting om meerdere bezwaartermijnen te hanteren bij een gefaseerd gunningsproces kan niet worden aangenomen. Wel kunnen doelmatigheidsoverwegingen aanleiding geven voor het inbouwen van een extra bezwaartermijn in situaties zoals hier aan de orde. Hierdoor kan worden voorkomen dat achteraf gezien de verkeerde partijen zijn uitgeno-

4 Zie ov. 5.2.6 van het advies en de daar aangehaalde rechtspraak en adviezen.

5 Deze bepaling verplicht de aanbestedende dienst om in zijn gunningsbeslissing alle relevante redenen voor die beslissing te vermelden.

6 Richtlijn 2007/66/EG.

7 Richtlijn 2007/66/EG.

8 Richtlijn 2007/66/EG.

digd voor de vervolgfase en dat substantiële kosten- en tijdsinspanningen moeten worden geleverd om de procedure gedeeltelijk over te doen. Daar staat tegenover dat het inbouwen van meerdere bezwaartermijnen tot grote vertraging in de aanbesteding en versnippering van bezwaren kan leiden.

Tot slot wijs ik op het risico dat de aangehaalde overweging van de CvAE onverwacht negatief uitpakt voor de inschrijver die daarmee zijn voordeel wil doen. De overweging zet de deur open voor een rechtsverwerkingsverweer van de aanbestedende dienst. Van inschrijvers wordt op grond van de welbekende 'Grossmann-doctrine'⁹ verlangd dat zij proactief handelen en fundamentele bezwaren in een zo vroeg mogelijk stadium kenbaar maken, zodat die gebreken met zo min mogelijk ingrijpende consequenties voor de aanbesteding ongedaan kunnen worden gemaakt.¹⁰ Aanbestedende diensten die geen vervaltermijn hebben bepaald voor het maken van bezwaar tegen een beslissing tot uitsluiting of afwijzing, zouden deze doctrine kunnen aangrijpen om een inschrijver die definitief is afgewezen ("u voldoet niet aan de kwaliteitsdrempel") en vervolgens op verzoek een inhoudelijke motivering van de redenen voor de afwijzing heeft ontvangen, tegen te werpen dat hij de gunningsbeslissing niet mag afwachten en meteen bezwaar moet maken. En dan ontstaat wél strijd met de Rechtsbeschermingsrichtlijn. Immers, waar de betreffende inschrijver formeel nog steeds een "betrokken inschrijver" is in de zin van art. 2.128 Aw, wordt hem dan het recht ontnomen om doeltreffend beroep in te stellen tegen de gunningsbeslissing.

Conclusie en enkele vuistregels voor de praktijk
Zonder nadere duiding van de juridische positie van de afgewezen inschrijver in een gefaseerd gunningsproces kan een verzoek om nadere

motivering hem duur komen te staan. Dat lijkt mij onwenselijk. Aanbestedende diensten moeten hom of kuit kiezen: zij dienen in het aanbestedingsdocument duidelijk aan te geven wanneer afgewezen inschrijvers bezwaar kunnen maken tegen hun afwijzing, ook (en vooral) bij een gefaseerd gunningsproces. Daarbij hebben zij vanuit juridisch oogpunt de keuze tussen ofwel één bezwaartermijn na bekendmaking van de gunningsbeslissing, ofwel meerdere bezwaartermijnen waarin telkens de inschrijvers die het betreft kunnen opkomen tegen de beslissing waardoor zij definitief worden uitgesloten van verdere deelname. In beide gevallen kan effectieve rechtsbescherming worden geboden. Een keuze voor één van beide modellen zal met name op praktische en doelmatigheidsoverwegingen berusten.

Inschrijvers kunnen in alle gevallen vragen om een motivering van de redenen voor hun afwijzing, zodat zij weten waar zij aan toe zijn. Ook kunnen zij zonodig vrijwillig besluiten een kort geding te starten; het feit dat de aanbestedingsstukken geen formele bezwaartermijn bevatten, staat daar niet aan in de weg. In het bijzonder bij evidente fouten is dit het overwegen waard, alsmede in vrijwillige (niet door het Europese aanbestedingsrecht gereuleerde) aanbestedingen waarin niet of onvoldoende in een bezwaartermijn na de gunningsbeslissing is voorzien.

Tot slot dienen aanbestedende diensten zich er rekenschap van te geven dat formele bezwaren in veel gevallen kunnen worden voorkomen door een adequate en tijdige informatievoorziening aan de inschrijvers. De klager in deze casus taste lange tijd in het duister. Had hij van meet af aan geweten dat een eventueel bezwaar niets zou uithalen, dan was een formele klacht mogelijk achterwege gebleven. Daar was ook niets op tegen geweest; de aanbesteder had zich (gelet op de fase waarin de aanbesteding zich bevond) kunnen beperken tot een motivering waarom hij de kwaliteitsdrempel niet had gehaald.

J.W.A. Meesters,
advocaat bij Houthoff Buruma

9 Die is gebaseerd op het arrest Grossmann Air Service van het Hof van Justitie EU d.d. 12 februari 2004 (C-230/02).

10 Zie onder meer Vzr. Rb. Rotterdam 14 juli 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6424; Vzr. Rb. Den Haag 13 mei 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:5080; Hof Den Haag 3 november 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2944.

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