

«JAAN»

Jurisprudentie
Aanbestedingsrecht

www.sdujurisprudentie.nl

Redactie:

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

Inhoud

Aflevering 2 – 22 februari 2018 – Jaargang 15

- Exploitatie WKO-systeem en aanbestedingsplicht: verkoop als legitieme escape?** p. 133
Mr. J.W.A. Meesters
- 32** Hof van Justitie EU p. 137
20 december 2017, nr. C-178/16, ECLI:EU:C:2017:1000
Beginselen van aanbestedingsrecht. Uitsluiting. Facultatieve uitsluitingsgronden. Nationale procedureregels. Ernstige fout in de uitoefening van het beroep. Strafbaar gedrag van een voormalige bestuurder.
[Richtlijn 2004/18/EG art. 45]
- 33** Hof van Justitie EU p. 147
20 december 2017, nr. C-322/15, ECLI:EU:C:2017:985
Concessie. Nationale procedureregels. Vrij verkeer Europese Unie.
[VWEU art. 26, 49, 56, 63, 267; Handvest van de grondrechten art. 16]
- 34** Hof van Justitie EU p. 158
20 december 2017, nr. C-677/15, ECLI:EU:C:2017:998
Wijziging beoordelingssystematiek. Motivering gunningsbeslissing. Onrechtmatige daad. Causaal verband. Schadevergoeding.
[VWEU art. 296; Verordening (EG, Euratom) 1605/2002 art. 100 lid 2]
- 35*** Gerechtshof Den Haag p. 172
19 december 2017, nr. 200.222.062/01,
ECLI:NL:GHDHA:2017:3549
Ingrijpen in gesloten overeenkomst. Sociale en andere specifieke diensten. Motivering gunningsbeslissing.
[Aanbestedingswet 2012 art. 2.38, 2.130, 4.15]
Noot mr. A.B.B. Gelderman, mr. L.J. Vermeulen

- 36*** Voorzieningenrechter Rechtbank Zeeland-West-Brabant p. 187
 1 december 2016, nr. C/02/322268/KG ZA 16-693,
 ECLI:NL:RBZWB:2016:7571
 Meervoudig onderhandse aanbesteding. Aanbestedingsbeleid. Certificerings-
 eisen.
 [Aanbestedingswet 2012 art. 1.4 lid 1]
 Zie noot mr. B.J.H. Blaisse-Verkooyen en mr. J.V. Dijkman
- 37** Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag p. 193
 12 februari 2015, nr. C-09-479579-KG ZA 14-1548,
 ECLI:NL:RBDHA:2015:16289
 (On-)geldigheid inschrijving. Voorwaardelijke inschrijving. Besteksconforme
 inschrijving.
 [Aanbestedingsreglement Werken 2012 art. 2.22.1, 2.22.2; Standaard RAW
 2010 art. 01.01.03]
- 38** Voorzieningenrechter Rechtbank Gelderland p. 194
 17 oktober 2017, nr. C/05/324328/KG ZA 17-382,
 ECLI:NL:RBGEL:2017:6614
 Dynamisch aankoopstelsel. Rechtsverwerking. Herbeoordeling. Interview.
- 39*** Voorzieningenrechter Rechtbank Zeeland-West-Brabant p. 196
 4 december 2017, nr. C/02/336686/KG ZA 17-692,
 ECLI:NL:RBZWB:2017:7935
 Aanbestedingsplicht. Overheidsopdracht. Overeenkomst onder bezwarende
 titel. Concessie.
 [Richtlijn 2014/23 art. 5 lid 1; Aanbestedingswet 2012 art. 2a.1; Warmte-
 wet art. 10, 11; Bouwbesluit]
 Zie openingsnoot mr. J.W.A. Meesters
- 40** Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag p. 206
 5 december 2017, nr. C/10/536075/KG ZA 17-1083,
 ECLI:NL:RBROT:2017:10372
 [On-)geldigheid inschrijving. Herstelmogelijkheid. Knock-out criteria.
- 41*** Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag p. 207
 13 december 2017, nr. C-09-541484-KG ZA 17-1360,
 ECLI:NL:RBDHA:2017:15463
 Vrijwillige aanbesteding. (On-)geldigheid inschrijving. Uitsluiting. Trans-
 parantiebeginsel. Gelijkheidsbeginsel. Rechtsverwerking. Transparantie
 aanbestedingsdocumenten.
 Noot mr. P.F.C. Heemskerk, mr. C.M.C. Wagemakers
- 42** Voorzieningenrechter Rechtbank Gelderland p. 217
 15 december 2017, nr. C/05/329102/KG ZA 17-562,
 ECLI:NL:RBGEL:2017:6694
 Motivering gunningsbeslissing. Beoordeling gunningscriteria. Toelaatbaar-
 heid gunningscriteria. Wijziging gunningscriteria.

43	Voorzieningenrechter Rechtbank Gelderland 15 december 2017, nr. C/05/329019/KG ZA 17-557, ECLI:NL:RBGEL:2017:6695 Rechtsverwerking. Beoordelingscommissie. Beoordeling gunningscriteria. Toelaatbaarheid gunningscriteria.	p. 219
44	Voorzieningenrechter Rechtbank Gelderland 15 december 2017, nr. C/05/329098/KG ZA 17-560, ECLI:NL:RBGEL:2017:6697 Beoordeling gunningscriteria. Toelaatbaarheid gunningscriteria. Wijziging gunningscriteria. Samenstelling beoordelingscommissie.	p. 228
45	Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag 21 december 2017, nr. C-09-541956-KG ZA 17-1396, ECLI:NL:RBDHA:2017:15464 Raamovereenkomst. Grossmann. Rechtsverwerking.	p. 230
46*	Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag 21 december 2017, nr. C-09-542042-KG ZA 17-1403, ECLI:NL:RBDHA:2017:15465 Ingrijpen in gesloten overeenkomst. Wezenlijke wijziging. [Aanbestedingswet 2012 art. 4.15] Noot mr. M.M. Fimerius, mr. M.J. Verbaken	p. 231
47*	Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag 29 juni 2017, nr. C/09/531498, ECLI:NL:RBDHA:2017:15285 Abnormaal lage inschrijving. Toelaatbaarheid gunningscriteria. Transparantie- beginsel. Gelijkheidsbeginsel. Beste prijs/kwaliteitverhouding. Grossmann. Rechtsverwerking. [Aanbestedingswet 2012 art. 2.113a, 2.116; Richtlijn 2014/24/EU art. 67, 69] Noot mr. E.L.H. Snijders-van Erp	p. 240
48	Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag 28 december 2017, nr. C-09-543938-KG ZA 17-1526, ECLI:NL:RBDHA:2017:15519 Proportionaliteit eis.	p. 249
49	Voorzieningenrechter Rechtbank Midden-Nederland 29 december 2017, nr. C/16/448825/KG ZA 17-797, ECLI:NL:RBMNE:2017:6313 Onderhandelingsprocedure met aankondiging. Storing digitaal aanbestedings- platform. [ARNS art. 6.1]	p. 251
50*	Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag 3 januari 2018, nr. C/09/541095 KG ZA 17/1334, ECLI:NL:RBDHA:2018:483 Kwalitatieve gunningscriteria. Beoordeling gunningscriteria. Motivering gun- ningsbeslissing. Aanvullen motivering gunningsbeslissing. Zie noot mr. P.F.C. Heemskerck en mr. C.M.C. Wagemakers	p. 253
51	Voorzieningenrechter Rechtbank Midden-Nederland 24 januari 2018, nr. C/16/450095/KG ZA 17-845, ECLI:NL:RBMNE:2018:296 Level playing field. Heraanbesteding. Transparantie beoordelingsmethodiek. Rechtsverwerking. Best Value Procurement. Onderhandelingsfase.	p. 257

Commissie van Aanbestedingsexperts

- 52* Commissie van Aanbestedingsexperts p. 260
3 november 2017, Advies 419
Enkelvoudig onderhandse gunning. Sociale en andere specifieke diensten.
Drempelbedrag. Reflexwerking Gids Proportionaliteit. Objectieve criteria.
[Aanbestedingswet 2012 art. 1.4, 1.6, 2.6a]
Noot mr. B.J.H. Blaisse-Verkooyen, mr. J.V. Dijkman
- 53 Commissie van Aanbestedingsexperts p. 263
30 november 2017, Advies 420
Transparantie gunningscriteria. Rechtsverwerking. Behandeling klacht door
Commissie.
[Aanbestedingswet 2012 art. 1.9; Reglement Commissie van Aanbestedings-
experts art. 8 lid 3, 9 lid 1]
- 54 Commissie van Aanbestedingsexperts p. 265
18 december 2017, Advies 444
Transparantiebeginsel. Gelijkheidsbeginsel. Level playing field. Onvoldoende
informatie voor inschrijving. Transparantie gunningscriteria. Rechtsverwer-
king. Proportionaliteit contractvoorwaarden.
[Aanbestedingswet 2012 art. 1.8, 1.9; Gids Proportionaliteit Voorschrift 3.9
A, Voorschrift 3.9 D]

Exploitatie WKO-systeem en aanbestedingsplicht: verkoop als legitieme escape?

In dit geschil¹ staat de vraag centraal of afspraken tussen een gemeente en een exploitant met betrekking tot de exploitatie van een WKO-systeem gedurende 30 jaar moeten worden aangemerkt als een concessieopdracht voor diensten of als een verkoop. De achtergrond van deze vraag laat zich raden: de gemeente is voornemens onderhands te contracteren met de beoogde exploitant. Een concurrent, namelijk de rechtsoptvolger van de partij die in 2001 van de gemeente eveneens onderhands het exclusieve recht gegund had gekregen om het WKO-systeem te realiseren en exploiteren, doet haar beklag. Zij stelt dat sprake is van een dienstenconcessie die moet worden aanbesteed.

De gemeente heeft de WKO-installatie omstreeks 2001 als onderdeel van een nieuwbouwproject voor woningen laten aanleggen door Essent; daarbij verkreeg Essent eveneens het exclusieve exploitatierecht. Bij de verkoop van de gronden voor de nieuw te realiseren woningen legde de gemeente aan de kopers de verplichting op om aan te sluiten op het WKO-systeem. De gemeente is thans voornemens om, in verband met het eindigen van de lopende overeenkomst, onderhands te contracteren met DNWG over exploitatie van het WKO-systeem voor een periode van 30 jaar. Uit de concept-koopovereenkomst blijkt dat het eigendom van het WKO-systeem voor de duur van de exploitatie door middel van een opstalrecht in eigendom wordt overgedragen aan DNWG en bij het eindigen van de exploitatie dus (voor hetzelfde bedrag) moet worden terugverkocht aan de gemeente. DNWG dient de Warmtewet in acht te nemen. Zij sluit met de bewoners van de woningen leveringsovereenkomsten waarin de voorwaarden voor de levering van warmte en koude zijn opgenomen. Indien de aan DNWG verleende vergunning voor warmtelevering op grond van de Warmtewet wordt ingetrokken of vernietigd, dan kan de overeenkomst worden ontbonden.

De voorzieningenrechter gaat mee in het betoog van de gemeente dat de voorgenomen overeenkomst het karakter heeft van een zuivere verkoop en dat deze geen aanbestedingsplichtige dienstenconcessie behelst. In mijn optiek zijn daarbij wel enkele kanttekeningen te plaatsen.

Partijen twisten over de vraag of aan beoogde exploitant DNWG een rechtens afdwingbare verplichting wordt opgelegd om de WKO-installatie te exploiteren en of dientengevolge sprake is van een overeenkomst onder bezwarende titel. In het Scala-arrest is verduidelijkt dat met overeenkomst onder bezwarende titel wordt bedoeld dat de betrokken overheidsinstantie een tegenprestatie levert voor de uitvoering van de werken, leveringen of diensten waarop de overeenkomst betrekking heeft en waarover de instantie zal kunnen beschikken.² In het arrest *Helmut Müller* is verder geconcretiseerd dat het begrip “bezwarende titel” ervan uitgaat dat de opdrachtnemer zich voor een tegenprestatie verbindt tot de bij overeenkomst omschreven prestaties. Deze verbintenissen moeten juridisch bindend zijn, zodat de uitvoering ervan in rechte kan worden gevorderd.³

In deze zaak is zonder meer sprake van een prestatie van DNWG (de exploitatie van en het beheer en onderhoud aan het WKO-systeem) en een daartegenover staande prestatie van de gemeente. De prestatie van de gemeente betreft de verlening van het recht aan DNWG om het WKO-systeem gedurende 30 jaar te exploiteren en daarmee opbrengsten te genereren, hetgeen duidt op de gunning van een concessie voor diensten (zie de definitie in art. 1.1 Aw 2012). De voorzieningenrechter concludeert echter dat, nu de gemeente niet contractueel aan DNWG opdraagt om warmte te le-

1 Rb. Zeeland-West-Brabant, 4 december 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:7935.

2 HvJ EU 12 juli 2001, C-399/98, pt. 77 (Scala).

3 HvJ EU 25 maart 2010, C-451/08, pt. 60-62 (Helmut Müller). Uit dit arrest volgt eveneens dat de diensten in het rechtstreeks economisch belang van de aanbestedende dienst moeten worden uitgevoerd; aangezien hierover blijkens de uitspraak geen discussie bestaat, laat ik dit aspect buiten beschouwing.

veren met het WKO-systeem en de prestatie van DNWG dus niet afdwingbaar is, géén sprake is van een bezwarende titel. Volgens de voorzieningenrechter heeft de gemeente op grond van de Warmtewet zelf geen verplichting tot levering van warmte jegens de bewoners die zij heeft verplicht om aan te sluiten op een collectief warmtenet, maar als overheid slechts een zorgplicht dat een aangesloten bewoner warmte krijgt. Ook heeft de gemeente volgens de voorzieningenrechter niet tot taak om in energie te voorzien, zodat geen sprake is van een dienst tot het leveren van warmte die een derde in opdracht van de gemeente op zich neemt.

Met deze redenering miskent de voorzieningenrechter in mijn optiek dat de gemeente in casu niet slechts is betrokken als overheid, maar tevens als eigenaar van het WKO-systeem. In laatstgenoemde hoedanigheid rust op haar wel degelijk een verplichting om te bewerkstelligen dat warmte wordt geleverd door middel van het WKO-systeem. Zij heeft als eigenaar volledige (exclusieve) zeggenschap over het WKO-systeem en destijds alle kopers van de woningen contractueel verplicht om aan te sluiten op dit systeem. Bij deze stand van zaken, waarin de bewoners voor de feitelijke warmtelevering volledig afhankelijk zijn van de gemeente als eigenaar van het WKO-systeem, kan niet worden volgehouden dat op de gemeente niettemin slechts een 'zorgplicht' rust en dat zij niet hoeft te verzekeren dat het WKO-systeem naar behoren werkt. Overigens bevestigt de gemeente met haar voornemen om gedurende 30 jaar de feitelijke exploitatie aan DNWG over te laten, dat zij zich gehouden acht om zorg te dragen voor warmtelevering en daar klaarblijkelijk niet met eigen middelen in kan voorzien (zoals zij blijkens de uitspraak in 2001 eveneens een realisatie- en exploitatierecht voor het toen nieuw te realiseren WKO-systeem gunde aan Essent).

Het staat aanbestedende diensten vanzelfsprekend vrij om afspraken met derden op zodanige wijze te structureren dat géén sprake is van een aanbestedingsplichtige opdracht of concessie. De beoogde afspraken hebben in casu echter onmiskenbaar als oogmerk om daadwerkelijke exploitatie van het WKO-systeem te verzekeren, waarbij de gemeente kennelijk heeft gemeend te kunnen afzien van het contractueel opleggen van een rechtens afdwingbare exploitatieverplichting (en aldus onderhands te kunnen gunnen) omdat de toepasselijke wettelijke regeling – de Warmtewet – de correcte en tijdige levering van warmte aan de bewoners reeds voldoende verzekert. Dit riekt naar een omzeilingsconstructie.

De voorgenomen afspraken lijken te zijn geïnspireerd door de kwestie Flensburg. In die kwestie trok de Europese Commissie een ingebrekestelling in, omdat de koopovereenkomst waar het om ging geen rechtens afdwingbare realisatieverplichting behelsde, maar slechts een verplichting om de gronden terug te leveren aan de overheidsinstantie indien het project niet zou worden gerealiseerd.⁴ Een cruciaal verschil is echter dat de overeenkomst in de Flensburg-situatie zag op de verkoop van gronden, terwijl de onderhavige overeenkomst juist in hoofdzaak wordt gesloten met het oog op de (in tijd beperkte) exploitatie van het WKO-systeem en het WKO-systeem slechts in verband met die exploitatie (eveneens tijdelijk) in eigendom wordt overgedragen.

De mogelijkheid om in lijn met Flensburg af te zien van een realisatieplicht en in plaats daarvan een terugleveringsplicht te bedingen, wordt in de praktijk veelvuldig toegepast. Daarbij wordt doorgaans expliciet bepaald dat op de ontwikkelaar géén realisatieplicht rust. Het is moeilijk voor te stellen dat de gemeente in haar overeenkomst met DNWG zou opnemen dat DNWG géén exploitatieplicht heeft. In het licht daarvan gaat ook de vergelijking van de voorzieningenrechter met pachtovereenkomsten voor publieke domeinen of grond mank.⁵ De verplichtingen

⁴ Zie het persbericht van de Commissie: IP/08/867.

⁵ Zie r.o. 4.10 en 4.14 van het vonnis.

die aan het feitelijke gebruik van dergelijke publieke domeinen of grond worden verbonden, laten immers onverlet dat het de pachter volledig vrij staat om helemaal geen gebruik te maken van de publieke domeinen of grond die hij van de overheidsinstantie heeft verkregen (en in zoverre hebben die verplichtingen een voorwaardelijk karakter). Die vrijheid heeft DNWG in mijn optiek juist niet, in het bijzonder gelet op de verplichtingen die zij uit hoofde van de Warmtewet en als eigenaar van het WKO-systeem geleen de (verplicht op dit systeem aangesloten) bewoners heeft.

Opmerkelijk is overigens dat de voorzieningenrechter de rechtens afdwingbare exploitatieplicht niet heeft afgeleid uit het feit dat de gemeente kennelijk contractueel heeft bedongen dat DNWG de Warmtewet in acht dient te nemen.⁶ Uit deze verplichting vloeit immers rechtstreeks voort dat DNWG als leverancier de bewoners op deugdelijke wijze moet voorzien van warmte. Daarnaast heeft de gemeente ook indirect naleving van de Warmtewet verzekerd, door te bedingen dat zij de overeenkomst met DNWG kan ontbinden indien de Warmtewet-vergunning van DNWG wordt ingetrokken of vernietigd.

Deze uitspraak staat niet op zichzelf. In de nationale rechtspraak komt geregeld de vraag aan de orde of sprake is van een zuivere verkoop dan wel een kunstmatige omzeilingsconstructie die een verkapte overheidsopdracht of concessie behelst. Zo overwoog de Rechtbank Alkmaar ten aanzien van een samenwerkingsovereenkomst tussen gemeente en ontwikkelaars voor een voorgenomen gebiedsontwikkeling in Hoorn dat geen sprake was van een aanbestedingsplichtige opdracht, onder meer omdat de gemeente geen bouwplicht hanteerde. De gemeente had naar aanleiding van de bezwaren die tot de procedure hadden geleid de oorspronkelijke overeenkomsten uit 2004 herzien; de oorspronkelijke overeenkomsten kenden wel een bouwplicht. Volgens de rechtbank was een bouwplicht naar de stand van het recht in 2004 onvoldoende om een aanbestedingsplicht aan te nemen en stond het de gemeente vrij de overeenkomsten op dit punt te herzien (nu feitelijk ook geen uitvoering aan de bouwplicht was gegeven).⁷ Over de realisatie en exploitatie van een parkeergarage in Ede (Nova Gelriae) zijn verschillende kort gedingen gevoerd. Nadat de voorzieningenrechter had geoordeeld dat de beoogde afspraken tussen de gemeente en de exploitant aanbestedingsplichtig waren (en de voorgenomen onderhandse gunning dus had verboden),⁸ wijzigden partijen de insteek van hun samenwerking aldus dat de exploitant niet langer gehouden was de parkeergarage te realiseren, noch om deze te exploiteren conform het gemeentelijke parkeerbeleid. Vervolgens concludeerden voorzieningenrechter en hof dat geen sprake was van een bouwplicht en dat de gewijzigde afspraken evenmin als een kunstgreep konden worden aangemerkt, zodat geen aanbestedingsplicht werd aangenomen.⁹ En recent concludeerde de Rechtbank Noord-Holland dat de verkoop van oud papier door een gemeenschappelijke regeling die door een aantal gemeenten was belast met afvalinzameling en -verwerking géén overheidsopdracht voor diensten behelste, omdat in de gesloten overeenkomsten géén afdwingbare prestatie ten aanzien van afvalverwerking, noch een daartegenover staande tegenprestatie van de gemeenschappelijke regeling was opgenomen, zodat de bezwarende titel ontbrak.¹⁰

6 Zie onder de feiten van de uitspraak.

7 Rb. Alkmaar 20 april 2011, ECLI:NL:RBALK:2011:BQ2032.

8 Vzv. Rb. Arnhem 25 januari 2010, LJN:BL2848.

9 Vzv. Rb. Arnhem 10 november 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BO4451; Hof Arnhem 26 april 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BQ3090. Zie ook de expliciete overweging die het Hof Arnhem wijdt aan de vrijheid van aanbestedende diensten om zich bij de vormgeving van hun contractuele relaties te laten leiden door de wens om niet te willen aanbesteden (r.o. 4.3).

10 Rb. Noord-Holland 22 november 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:10206. Zie voor een kwestie waarin de voorzieningenrechter en het hof wel een aanbestedingsplicht aannamen bij de verkoop van oud papier, waarbij tevens de 'bezwarende titel' centraal stond Vzv. Rb. Noord-Nederland 3 april 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:4853 en in hoger beroep Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2878.

Onduidelijk is of in deze kwestie expliciet is gesproken over het onderscheid tussen een overheidsopdracht en een dienstenconcessie. Voor de kwalificatie als dienstenconcessie is vereist dat het exploitatierisico geheel of grotendeels op de concessiehouder komt te rusten. Daarbij doet niet ter zake dat het totale exploitatierisico gegeven de omstandigheden beperkt kan zijn, zolang het grootste deel daarvan maar wel aan de exploitant wordt overgedragen.¹¹ Het exploitatierisico van de dienst moet worden opgevat als het risico van blootstelling aan de grillen van de markt, dat zich bijvoorbeeld kan concretiseren in het gevaar voor mededinging van andere marktdeelnemers, het gevaar voor wanverhouding tussen vraag en aanbod en het risico dat de exploitatiekosten niet volledig door de inkomsten worden gedekt.¹² Het is de vraag of DNWG in casu het hoofdrisico van de exploitatie zal dragen (en of dientengevolge wel sprake is van een dienstenconcessie), mede gelet op het feit dat zij het WKO-systeem voor de symbolische prijs van EUR 1,- in eigendom zal krijgen, het aantal bewoners dat gebruik zal maken van het WKO-systeem op voorhand bekend en reeds gecontracteerd is, de kans dat er geen vraag naar haar diensten zal zijn in het verlengde daarvan nihil is¹³ en DNWG evenmin concurrentie van andere marktpartijen hoeft te vrezen.

De bezwaarmaker had tot slot nog naar voren kunnen brengen dat, ook ingeval de Aw 2012 niet van toepassing is, in het licht van de recente rechtspraak over de verstrekking van schaarse (publieke) rechten mogelijk alsnog een concurrentie- en transparantieverplichting op de gemeente rust ter zake de voorgenomen contractsluiting.¹⁴ Hoewel op basis van de rechtspraak over schaarse publieke rechten, waarin de concurrentie- en transparantieverplichtingen worden ontleend aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, niet met zekerheid kan worden gezegd dat vergelijkbare verplichtingen gelden voor de voorgenomen verstrekking van 'privaatrechtelijke' schaarse rechten door overheden (zoals de exploitatie van een WKO-systeem), is niet ondenkbaar dat de rechter tot een dergelijke conclusie komt.¹⁵ Bestuursorganen zijn op grond van de schakelbepaling in de Aw immers ook bij hun privaatrechtelijk handelen gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.¹⁶

Conclusie

Bij het ontbreken van een duidelijke contractuele realisatie- of exploitatieplicht is in beginsel geen sprake van een overheidsopdracht. Nationale rechters zijn geneigd zich te beperken tot een beoordeling van de tekst van de overeenkomst; het bestaan van een omzeilingsconstructie wordt (daardoor) niet snel aangenomen. Het is de vraag of dat in overeenstemming is met de ruime en functionele uitleg die het HvJ EU aan de aanbestedingsregels geeft, zeker in een geval als het onderhavige waarin evident een exclusief recht wordt gegund voor de exploitatie van een WKO-systeem. De verdere ontwikkeling van het "schaarse rechten" leerstuk zal duidelijk moeten maken in hoeverre overheden bij een (legitieme) zuivere verkoop daadwerkelijk hun handen vrij hebben.

Mr. J.W.A. Meesters, advocaat bij Houthoff te Amsterdam

11 HvJ EU 10 september 2009, C-206/08 (Eurawasser).

12 Zie bijvoorbeeld HvJ EU 11 juni 2009, C-300/07 (Oymanns); HvJ EU 10 september 2009, C-206/08 (Eurawasser); HvJ EU 10 maart 2011, C-274/09 (Privater Rettungsdienst Stadler).

13 Vgl. de zaak Oymanns, waarin het HvJ EU tot een vergelijkbare conclusie kwam, C-300/07.

14 AbRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927; AbRvS 27 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2611.

15 In de literatuur wordt dit ook reeds betoogd, zie "Aanbestedingsplichten op en over de randen van de Aanbestedingswet 2012", TA 2017/43.

16 Art. 3:1 lid 2 Awb; zie tevens art. 3:14 BW.

32

Hof van Justitie EU
20 december 2017, nr. C-178/16,
ECLI:EU:C:2017:1000
(mr. Von Danwitz, mr. Vajda, mr. Juhász, mr.
Jürimäe, mr. Lycourgos)

Beginselen van aanbestedingsrecht. Uitsluiting. Facultatieve uitsluitingsgronden. Nationale procedureregels. Ernstige fout in de uitoefening van het beroep. Strafbaar gedrag van een voormalige bestuurder.

[Richtlijn 2004/18/EG art. 45]

Het verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen *Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA* (hierna: *Mantovani*) en *Guerrato SpA*, de eerste handelend in eigen naam en als leidende gevolmachtigde van het met *Guerrato* op te richten tijdelijk samenwerkingsverband van ondernemingen enerzijds, en de *Provincia autonoma di Bolzano* (autonome provincie Bolzano, Italië), (hierna: provincie Bolzano), de *Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori servizi e forniture* (ACP) [Agentschap voor de procedures en het toezicht voor overheidsopdrachten voor werken, diensten en leveringen (ACP)] en de *Autorità nazionale anticorruzione* (ANAC) [nationale anticorruptie-autoriteit (hierna: ANAC)] anderzijds, betreffende de uitsluiting van *Mantovani* van de aanbestedingsprocedure voor de plaatsing van een opdracht voor werken voor de financiering, de uitwerking van het definitieve ontwerp en de uitvoering, de bouw en het beheer van de nieuwe penitentiaire inrichting te Bolzano.

Met haar vraag wenst de verwijzende rechterlijke instantie in hoofdzaak te vernemen of Richtlijn 2004/18, inzonderheid artikel 45, lid 2, eerste alinea, onder c) en g), en artikel 45, lid 3, onder a), van die richtlijn, alsook de beginselen van bescherming van het gewettigd vertrouwen, rechtszekerheid, gelijke behandeling, evenredigheid en doorzichtigheid aldus moeten worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan nationale voorschriften op grond waarvan de aanbestedende dienst volgens de door hem vastgestelde voorwaarden een strafrechtelijke veroordeling van de bestuurder van een inschrijvende onderneming voor een strafbaar feit dat indruist tegen de beroepsgedragregels van die onderneming in de beschouwing kan betrekken,

wanneer die bestuurder zijn functies heeft neergelegd in het jaar voorafgaand aan de aankondiging van de overheidsopdracht, en die onderneming van deelneming aan de betrokken aanbestedingsprocedure kan uitsluiten op grond dat zij, door na te laten die nog niet onherroepelijke veroordeling te melden, zich niet volledig en daadwerkelijk van de gedragingen van die bestuurder heeft gedistantieerd.

Volgens de vermeldingen in de verwijzingsbeslissing is *Mantovani* van de aanbestedingsprocedure uitgesloten op grond dat zij de gegevens om aan te tonen dat zij zich van de gedragingen van haar bestuurder had gedistantieerd, te laat en onvolledig had meegedeeld. Inzonderheid is haar verweten, in haar verklaringen van 4 en 16 december 2013 niet te hebben vermeld dat tegen haar voormalige bestuurder een strafprocedure was ingeleid waarin op 6 december 2013 een niet in het openbaar overeengekomen veroordeling was uitgesproken.

Er zou ook kunnen worden geoordeeld dat de feiten in het hoofding kunnen vallen onder de uitsluitingsgrond van artikel 45, lid 2, eerste alinea, onder d), van Richtlijn 2004/18, op grond waarvan een inschrijver die in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan, vastgesteld op elke grond die de aanbestedende diensten aannemelijk kunnen maken, kan worden uitgesloten. Vastgesteld moet worden dat de prejudiciële vraag mede ziet op de uitlegging van de facultatieve uitsluitingsgrond van artikel 45, lid 2, eerste alinea, onder d), van Richtlijn 2004/18.

Volgens vaste rechtspraak beoogt artikel 45, lid 2, van Richtlijn 2004/18 niet een uniforme toepassing van de daarin genoemde uitsluitingsgronden op het niveau van de Unie, aangezien de lidstaten over de mogelijkheid beschikken om deze uitsluitingsgronden in het geheel niet toe te passen of om ze in de nationale wetgeving op te nemen met een mate van hardheid die per geval zou kunnen verschillen, afhankelijk van de op nationaal niveau doorslaggevende juridische, economische of sociale overwegingen. In dat kader kunnen de lidstaten de in deze bepaling opgestelde criteria verlichten of versoepelen.

De lidstaten beschikken dus bij de bepaling van de toepassingsvoorwaarden voor de facultatieve uitsluitingsgronden van artikel 45, lid 2, van Richtlijn 2004/18 over een beoordelingsbevoegdheid die zeker is.

Aangaande de facultatieve uitsluitingsgrond van artikel 45, lid 2, eerste alinea, onder c), van die richtlijn, op grond waarvan de aanbestedende diensten van deelneming aan een aanbestedingsprocedure kunnen uitsluiten een inschrijver jegens wie een rechterlijke uitspraak met kracht van gewijsde volgens de wetgeving van het land is gedaan, waarbij een strafbaar feit is vastgesteld dat in strijd is met zijn beroepsgedragsregels, moet allereerst worden vastgesteld dat niet wordt bepaald in hoeverre door directieleden of bestuurders van een rechtspersoon gepleegde strafbare feiten krachtens die bepaling tot uitsluiting van deze laatste kunnen leiden.

In dat verband wordt in artikel 45, lid 1, in fine, van Richtlijn 2004/18 in het kader van de verplichte uitsluitingsgronden erkend dat in het nationale recht rekening mag worden gehouden met laakbaar gedrag van de bestuurders van de rechtspersoon. Niets belet dan ook dat de lidstaten, wanneer zij uitvoering geven aan de uitsluitingsgrond van artikel 45, lid 2, eerste alinea, onder c), van Richtlijn 2004/18, de gedragingen van een bestuurder die de inschrijvende onderneming vertegenwoordigt beschouwen als aan deze laatste toerekenbare gedragingen.

Wanneer in het kader van de uitsluitingsgrond van artikel 45, lid 2, eerste alinea, onder c), van Richtlijn 2004/18 de gedragingen van de bestuurders van een inschrijver die een rechtspersoon is in aanmerking worden genomen, kan dat dus niet worden beschouwd als een „uitbreiding” van het toepassingsgebied van die uitsluitingsgrond, maar wordt er daarmee uitvoering aan gegeven met behoud van het nuttig effect van die uitsluitingsgrond.

Dat de feitelijke omstandigheden op grond waarvan de inschrijver kan worden uitgesloten voortvloeien uit het gedrag van een bestuurder die zijn functies op de dag van indiening van het verzoek om deelneming aan de aanbestedingsprocedure had neergelegd, kan evenmin aan toepassing van die uitsluitingsgrond in de weg staan.

Conclusie

Gelet op al het voorgaande moet op de gestelde vraag worden geantwoord dat Richtlijn 2004/18, inzonderheid artikel 45, lid 2, eerste alinea, onder c), d) en g), van die richtlijn, alsook de beginselen van gelijke behandeling en evenredigheid aldus moeten worden uitgelegd dat zij niet in de weg staan nationale voorschriften op grond waarvan de aanbestedende dienst:

- volgens de door hem vastgestelde voorwaarden een strafrechtelijke veroordeling – ook indien die veroordeling nog niet onherroepelijk is geworden
- van de bestuurder van een inschrijvende onderneming voor een strafbaar feit dat indruist tegen de beroepsgedragsregels van die onderneming in de beschouwing kan betrekken, wanneer die bestuurder zijn functies heeft neergelegd in het jaar voorafgaand aan de aankondiging van de overheidsopdracht, en
- die onderneming van deelneming aan de betrokken aanbestedingsprocedure kan uitsluiten op grond dat zij, door na te laten die nog niet onherroepelijke veroordeling te melden, zich niet volledig en daadwerkelijk van de gedragingen van die bestuurder heeft gedistantieerd.

In zaak C 178/16, betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Consiglio di Stato (raad van state, Italië) bij beslissing van 1 december 2015, ingekomen bij het Hof op 24 maart 2016, in de procedure

Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA, Guerrato SpA

tegen

Provincia autonoma di Bolzano,

Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori servizi e forniture (ACP),

Autorità nazionale anticorruzione (ANAC),
in tegenwoordigheid van:

Società Italiana per Condotte d’Acqua SpA,

Inso Sistemi per le Infrastrutture Sociali SpA,

wijst

HET HOF (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: T. von Danwitz, kamerpresident, C. Vajda, E. Juhász (rapporteur), K. Jürimäe en C. Lycourgos, rechters,
advocaat-generaal: M. Campos Sánchez-Bordona,
griffier: L. Hewlett, hoofdadministrateur,
gezien de stukken en na de terechtzitting op 5 april 2017,

gelet op de opmerkingen van:

- Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA en Guerrato SpA, vertegenwoordigd door A. Sandulli en L. Antonini, advocati,
- de Provincia autonoma di Bolzano en de Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori servizi e forniture

(ACP), vertegenwoordigd door C. Guccione, avvocato, R. von Guggenberg, Rechtsanwältin, L. Fadanelli, A. Roilo en S. Bikircher, avvocati,
– Società Italiana per Condotte d'acqua SpA, vertegenwoordigd door A. Guarino en C. Martelli, avvocati,

– de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door G. Palmieri als gemachtigde, bijgestaan door C. Pluchino en P. Grasso, avvocati dello Stato,

– de Europese Commissie, vertegenwoordigd door G. Gattinara en A. Tokár als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 21 juni 2017,

het navolgende

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing heeft betrekking op de uitlegging van artikel 45, lid 2, eerste alinea, onder c) en g), en lid 3, onder a), 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), en van bepaalde algemene beginselen van Unierecht.

2 Dat verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA (hierna: „Mantovani”) en Guerato SpA, de eerste handelend in eigen naam en als leidende gevolmachtigde van het met Guerato op te richten tijdelijk samenwerkingsverband van ondernemingen enerzijds, en de Provincia autonoma di Bolzano (autonome provincie Bolzano, Italië), (hierna: „provincie Bolzano”), de Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori servizi e forniture (ACP) [Agentschap voor de procedures en het toezicht voor overheidsopdrachten voor werken, diensten en leveringen (ACP)] en de Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) [nationale anticorruptie-autoriteit (hierna: „ANAC”)] anderzijds, betreffende de uitsluiting van Mantovani van de aanbestedingsprocedure voor de plaatsing van een opdracht voor werken voor de financiering, de uitwerking van het definitieve ontwerp en de uitvoering, de bouw en het beheer van de nieuwe penitentiaire inrichting te Bolzano.

Toepasselijke bepalingen

Recht van de Unie

3 Overweging 2 van richtlijn 2004/18 luidt:

„Bij het plaatsen van overheidsopdrachten die worden afgesloten in de lidstaten voor rekening van de staat, territoriale lichamen en andere pu-

blikrechtelijke instellingen moeten de beginselen van het Verdrag geëerbiedigd worden, met name het vrije verkeer van goederen, vrijheid van vestiging en het vrij verlenen van diensten, alsmede de daarvan afgeleide beginselen, zoals gelijke behandeling, het discriminatieverbod, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie. [...]”
4 Artikel 45 van richtlijn 2004/18, „Persoonlijke situatie van de gegadigde of inschrijver”, preciseert:

„1. Van deelneming aan een overheidsopdracht wordt uitgesloten, iedere gegadigde of inschrijver jegens wie bij een onherroepelijk vonnis een veroordeling om een of meer van de hieronder opgegeven redenen is uitgesproken, waarvan de aanbestedende dienst kennis heeft:

[...]

Met het oog op de toepassing van dit lid verzoeken de aanbestedende diensten de gegadigden of inschrijvers indien nodig om de in lid 3 bedoelde documenten te verstrekken en kunnen zij, indien zij twijfels over de persoonlijke situatie van die gegadigden/inschrijvers hebben, de bevoegde autoriteiten verzoeken om de inlichtingen die zij nodig achten over de persoonlijke situatie van die gegadigden of inschrijvers. Wanneer de inlichtingen betrekking hebben op een gegadigde of inschrijver die in een andere lidstaat dan de aanbestedende dienst gevestigd is, kan de aanbestedende dienst om de medewerking van de bevoegde autoriteiten verzoeken. Naargelang van het nationale recht van de lidstaat waarin de gegadigde of de inschrijver is gevestigd, kunnen deze verzoeken betrekking hebben op rechtspersonen en/of natuurlijke personen, met inbegrip, in voorkomend geval, van de bedrijfsleider of van enig persoon met vertegenwoordigings-, beslissings- of controlebevoegdheid bij de gegadigde of de inschrijver.

2. Van deelneming aan een opdracht kan worden uitgesloten iedere ondernemer:

[...]

c) jegens wie een rechterlijke uitspraak met kracht van gewijsde volgens de wetgeving van het land is gedaan, waarbij een delict is vastgesteld dat in strijd is met zijn beroepsgedragsregels;

d) die in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan, vastgesteld op elke grond die de aanbestedende diensten aannemelijk kunnen maken;

[...]

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.

3. Als voldoende bewijs dat de ondernemer niet verkeert in een van de situaties bedoeld in lid 1 en in lid 2, onder a), b), c), e) en f) wordt door de aanbestedende diensten aanvaard:

a) voor lid 1 en lid 2, onder a), b), en c), een uittreksel uit zijn strafregister of, bij gebreke daarvan, een gelijkwaardig document, afgegeven door een bevoegde rechterlijke of administratieve instantie van het land van oorsprong of van herkomst, waaruit blijkt dat aan de betrokken eisen is voldaan;

[...]

Italiaans recht

5 Decreto legislativo n. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (wetsbesluit 163/2006 tot invoering van een wetboek overheidsopdrachten voor werken, diensten en leveringen ter uitvoering van de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG) van 12 april 2006 (gewoon supplement bij GURI nr. 100 van 2 mei 2006), zoals gewijzigd bij besluitwet nr. 70 van 13 mei 2011 (GURI nr. 110 van 13 mei 2011, blz. 1), in wet omgezet bij wet nr. 106 van 12 juli 2011 (GURI nr. 160 van 12 juli 2011, blz. 1) (hierna: wetsbesluit 163/2006), bevat de voorschriften die in Italië gelden voor de procedures voor overheidsopdrachten voor werken, diensten en leveringen.

6 Wetsbesluit 163/2006 bevat in deel II artikel 38, dat de algemene voorwaarden voor deelname aan procedures voor het plaatsen van concessies en overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten vaststelt. Artikel 38, lid 1, onder c), van dat wetsbesluit bepaalt:

„De volgende personen zijn uitgesloten van deelneming aan procedures voor de gunning van concessies en het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, komen niet in aanmerking voor opdrachten in onderaanneming en kunnen in dit verband geen overeenkomsten sluiten:

[...]

c) personen die bij een rechterlijke uitspraak met kracht van gewijsde of een onherroepelijk geworden strafbeschikking dan wel bij een beslissing houdende toepassing van de bij akkoord vastgestelde straf overeenkomstig artikel 444 van het wetboek van strafvordering zijn veroordeeld voor ernstige strafbare feiten waarbij de staat of de gemeenschap is benadeeld en die indruisen tegen hun beroepsgedragsregels. Hoe dan ook is een grond voor uitsluiting de veroordeling bij rechterlijke uitspraak met kracht van gewijsde wegens het begaan van een of meer strafbare feiten bestaande in deelneming aan een criminele organisatie, corruptie, fraude, witwassen van kapitaal, zoals gedefinieerd in de in artikel 45, lid 1, van richtlijn 2004/18 vermelde communautaire besluiten. De uitsluiting en het verbod zijn van toepassing indien het vonnis of de beschikking is uitgesproken tegen: de eigenaar of de technisch directeur in geval van een individuele onderneming, de vennoten of de technisch directeur in geval van een vennootschap onder firma, de commanditaire vennoten of de technisch directeur in geval van een commanditaire vennootschap, de bestuurders met vertegenwoordigingsbevoegdheid, de technisch directeur of de natuurlijke persoon die enig vennoot is dan wel de meerderheidsvennoot in geval van een vennootschap met minder dan vier vennoten, indien het gaat om een ander type vennootschap of een consortium. Hoe dan ook geldt de uitsluiting of het verbod mede voor personen die in het jaar voorafgaand aan de aankondiging van de opdracht van hun functie zijn ontheven, wanneer de onderneming niet aantoonbaar dat de onderneming zich volledig heeft gedistantieerd van het strafrechtelijk veroordeelde gedrag. De uitsluiting of het verbod geldt hoe dan ook niet wanneer het betrokken feit niet meer strafbaar is of in geval van rehabilitatie, wanneer het strafbaar feit na de veroordeling vervallen is verklaard of in geval van herroeping van de veroordeling. [...]

Hoofdgeding en prejudiciële vraag

7 Met een aankondiging in het Publicatieblad van de Europese Unie op 7 juli 2013 (S 145 251280), heeft de provincie Bolzano een aanbestedingsprocedure ingeleid voor de gunning via een openbare procedure van een opdracht voor de financiering, de uitwerking van het definitieve ontwerp en de uitvoering, de bouw en het beheer van de nieuwe

penitentiaire inrichting te Bolzano. Het geraamde bedrag van de werkzaamheden was 165400000 EUR.

8 Mantovani heeft op 16 december 2013, in eigen naam en als leidinggevende gevolmachtigde van een op te richten tijdelijk samenwerkingsverband van ondernemingen, verzocht te kunnen deelnemen. Die vennootschap heeft twee verklaringen betreffende de inachtneming van de algemene voorwaarden van artikel 38 van wetsbesluit 163/2006 overgelegd. Op 4 december 2013 heeft zij verklaard dat de heer B., voorzitter van de raad van bestuur, directeur-generaal en wettelijk vertegenwoordiger die zijn functies op 6 maart 2013 had neergelegd, niet bij rechterlijke uitspraak met kracht van gewijsde was veroordeeld. Op 16 december 2013 heeft Mantovani die verklaring bevestigd.

9 Op de zitting van 9 januari 2014 heeft de aanbestedende dienst Mantovani toegelaten onder het voorbehoud dat zij bepaalde nadere gegevens over B. zou verstrekken. Volgens een artikel in een plaatselijke krant, bekendgemaakt op 6 december 2013, was B. namelijk gerechtelijk vervolgd wegens het opzetten van een systeem van valse facturen en was hij een veroordeling tot een gevangenisstraf van een jaar en tien maanden overeengekomen.

10 Daarop heeft de aanbestedende dienst een uitreksel uit het strafregister van B. opgevraagd, waaruit bleek dat die veroordeling was uitgesproken op 5 december 2013 en op 29 maart 2014 in gewijsde was gegaan. Op de zitting van 29 mei 2014 heeft de aanbestedende dienst Mantovani verzocht om nadere preciseringen over die veroordeling.

11 Mantovani heeft onder meer geantwoord dat de veroordeling van B. in gewijsde was gegaan na de door haar op 4 en 16 december 2013 afgelegde verklaringen. Het vonnis van 6 december 2013 was uitgesproken op een niet-openbare zitting en was pas op 3 februari 2014 gepubliceerd. Mantovani heeft daaraan toegevoegd dat de onderneming zich volledig en daadwerkelijk had gedistantieerd van de gedragingen van B. door deze met onmiddellijke ingang uit al zijn directiefuncties in de Mantovani-groep te zetten, waarbij de beheersorganen van de vennootschap waren gereorganiseerd, de aandelen van B. waren ingekocht en tegen B. een schadevordering was ingediend.

12 Na een volgorde te hebben opgesteld waarin Mantovani – onder voorbehoud – op de vijfde plaats stond, heeft de aanbestedende dienst de ANAC om advies gevraagd over de rechtmatigheid van een eventuele uitsluiting van Mantovani. De ANAC heeft in hoofdzaak geantwoord dat bij gebreke van een onherroepelijke veroordeling de verklaringen van Mantovani weliswaar niet als „valse verklaringen” kunnen worden aangemerkt, maar dat het verzuim om tijdig de voortgang van een strafprocedure tegen een van de in artikel 38, lid 1, onder c), van wetsbesluit 163/2006 vermelde personen mee te delen, schending kan opleveren van de verplichting tot loyale samenwerking met de aanbestedende dienst, waardoor geen sprake is van volledige en daadwerkelijke distantieering ten opzichte van de betrokken persoon.

13 Daarop heeft de aanbestedende dienst op de vergadering van 27 februari 2015 besloten dat Mantovani van de aanbestedingsprocedure werd uitgesloten. Volgens het proces-verbaal van die vergadering was vastgesteld dat de in artikel 38 van wetsbesluit 163/2006 gestelde algemene voorwaarden niet vervuld waren „omdat de gegevens waarmee de vennootschap wilde aantonen dat zij zich van de strafbare gedragingen van de persoon die had opgehouden directiefuncties te bekleeden had gedistantieerd, te laat waren verstrekt en ontoereikend waren” en omdat de veroordeling „was uitgesproken vóór de in de aanbestedingsprocedure overgelegde verklaring en als zodanig door Mantovani had kunnen worden meegedeeld in het stadium van het onderzoek van de deelneming”.

14 Mantovani heeft bij de Tribunale regionale di giustizia amministrativa, Sezione autonoma di Bolzano (regionale bestuursrechter, autonome afdeling Bolzano, Italië) beroep ingesteld tegen die uitsluiting. Bij beslissing van 27 augustus 2015 heeft die rechter de rechtmatigheid van de uitsluiting bevestigd met de overweging dat van de veroordeling van B. melding had kunnen worden gemaakt in de loop van de aanbestedingsprocedure en dat enkel een inschrijver die met de werkelijkheid strokende verklaringen heeft overgelegd zonder de aanbestedende dienst te misleiden, de distantieering bedoeld in artikel 38, lid 1, onder c), van wetsbesluit 163/2006 kan inroepen.

15 Mantovani heeft die beslissing bij de Consiglio di Stato (raad van state, Italië) aangevochten met onder meer het betoog dat artikel 38 van wetsbesluit 163/2006 in strijd is met het Unierecht, en verzocht om prejudiciële verwijzing naar het Hof. 16 In die omstandigheden heeft de Consiglio di Stato besloten, de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof de volgende prejudiciële vraag te stellen:

„Staat de juiste toepassing van artikel 45, lid 2, onder c) en g), en lid 3, onder a), van richtlijn 2004/18 en van de Unierechtelijke beginselen van de bescherming van gewettigd vertrouwen en rechtszekerheid, gelijke behandeling, evenredigheid en transparantie, verbod op verzwaring van de procedure en maximale openstelling voor mededinging van openbare aanbestedingen, alsmede legaliteit en nauwkeurige omschrijving van strafbare handelingen, in de weg aan een nationale regeling als die van artikel 38, lid 1, onder c), van [wetsbesluit 163/2006], voor zover daarbij de daarin neergelegde verplichting om te verklaren dat er geen definitieve veroordelende vonnissen zijn (met inbegrip van vonnissen waarbij de straf door middel van een akkoord tussen de verdachte en de openbaar aanklager is bepaald) voor de daarin vermelde strafbare feiten, wordt uitgebreid tot personen die binnen de betrokken ondernemingen een mandaat bekleedden dat in het jaar voorafgaand aan de publicatie van de aanbesteding is beëindigd, en voor zover deze regeling bepaalt dat de betrokken onderneming van de aanbesteding wordt uitgesloten wanneer zij niet aantoonbaar dat zij zich volledig en daadwerkelijk heeft gedistantieerd van de strafrechtelijk veroordeelde handeling van die personen, waarbij de beoordeling of de onderneming zich daarvan heeft gedistantieerd aan de aanbestedende dienst is overgelaten, zodat de aanbestedende dienst op straffe van uitsluiting van de aanbesteding in feite het volgende op kan leggen

(i) informatie- en meldingsplichten betreffende strafzaken waarin nog geen definitief vonnis is uitgesproken (en waarvan de uitkomst dus per definitie onzeker is), die zelfs voor de personen die een mandaat bekleeden niet in de wet zijn voorzien;

(ii) de verplichting zich spontaan te distantiëren van de betrokken handelingen, ongeacht het type rechtvaardigende handeling, de periode (ook

voorafgaand aan het moment waarop het strafvonnis definitief wordt) en de fase van de procedure waarin zij vervuld moeten worden;

(iii) de verplichting tot loyale samenwerking van onbepaalde aard, afgezien van een verwijzing naar de algemene clausule van goede trouw?”

Beantwoording van de prejudiciële vraag *Ontvankelijkheid*

17 Volgens de provincie Bolzano is het verzoek om een prejudiciële beslissing niet-ontvankelijk. Zij merkt op dat het Hof in het arrest van 10 juli 2014, *Consorzio Stabile Labor Lavori Pubblici* (C-358/12, EU:C:2014:2063), reeds uitspraak heeft gedaan over een vraag betreffende de uitlegging van artikel 45, lid 2, van richtlijn 2004/18 die analoog is aan de vraag in de onderhavige zaak.

18 Dienaangaande kan worden volstaan met op te merken dat een verzoek om een prejudiciële beslissing tot uitlegging niet reeds niet-ontvankelijk is op grond dat het analoog is aan een prejudiciële vraag waarover het Hof zich reeds heeft uitgesproken. Hoe dan ook betrof de zaak waarin het in het voorgaande punt vermelde arrest is gewezen een andere rechtssituatie, waarin een inschrijver wegens niet-betaling van de socialezekerheidsbijdragen was uitgesloten in het kader van een aanbestedingsprocedure waarvoor alleen de fundamentele regels en algemene beginselen van het VWEU golden, daar de in artikel 7, onder c), van richtlijn 2004/18 vastgelegde drempel niet bereikt was.

19 De provincie Bolzano is bovendien van oordeel dat de prejudiciële vraag geen verband houdt met het hoofdgeding, daar met de uitsluiting niet de schending van informatie- of vermeldingsverplichtingen is bestraft, maar het ontbreken van volledige en daadwerkelijke distantiëring tussen Mantovani en het gedrag van haar voormalige bestuurder, B. Voor het overige is de verwijzing naar de in artikel 45, lid 2, eerste alinea, onder g), en lid 3, van richtlijn 2004/18 vermelde uitsluitingsgrond betreffende valse verklaringen niet relevant en niet beslissend.

20 In dit verband zij eraan herinnerd dat op vragen betreffende het Unierecht een vermoeden van relevantie rust. Het Hof kan slechts weigeren uitspraak te doen over een prejudiciële vraag van een nationale rechter wanneer duidelijk blijkt dat de gevraagde uitlegging van het Unierecht geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, wanneer het vraagstuk van hypothetische aard is of wanneer

het Hof niet beschikt over de gegevens, feitelijk en rechtens, die noodzakelijk zijn om een nuttig antwoord op de gestelde vragen te geven (arrest van 8 september 2015, Taricco e.a., C 105/14, EU:C:2015:555, punt 30en aldaar aangehaalde rechtspraak).

21 In de onderhavige zaak heeft de verwijzende rechterlijke instantie verklaard dat de door Mantovani op 4 en 6 december 2013 afgelegde verklaringen over het ontbreken van een rechterlijke uitspraak met kracht van gewijsde niet als „valse verklaringen” in de zin van artikel 45, lid 2, eerste alinea, onder g), van richtlijn 2004/18 kunnen worden aangemerkt. Zij heeft echter gepreciseerd dat zij zich gesteld ziet voor de vraag of op grond van het Unierecht in aanmerking mag worden genomen dat geen verklaring is overgelegd betreffende strafprocedures tegen voormalige bestuurders van de inschrijvende onderneming waarin nog geen onherroepelijke beslissing is gegeven.

22 In die omstandigheid blijkt niet dat de gestelde vraag kennelijk geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding.

23 Bijgevolg is het verzoek om een prejudiciële beslissing ontvankelijk.

Ten gronde

24 Met haar vraag wenst de verwijzende rechterlijke instantie in hoofdzaak te vernemen of richtlijn 2004/18, inzonderheid artikel 45, lid 2, eerste alinea, onder c) en g), en artikel 45, lid 3, onder a), van die richtlijn, alsook de beginselen van bescherming van het gewettigd vertrouwen, rechtszekerheid, gelijke behandeling, evenredigheid en doorzichtigheid aldus moeten worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan nationale voorschriften op grond waarvan de aanbestedende dienst volgens de door hem vastgestelde voorwaarden een strafrechtelijke veroordeling van de bestuurder van een inschrijvende onderneming voor een strafbaar feit dat indruist tegen de beroepsgedragsregels van die onderneming in de beschouwing kan betrekken, wanneer die bestuurder zijn functies heeft neergelegd in het jaar voorafgaand aan de aankondiging van de overheidsopdracht, en die onderneming van deelneming aan de betrokken aanbestedingsprocedure kan uitsluiten op grond dat zij, door na te laten die nog niet onherroepelijke veroordeling te melden, zich niet volledig en daadwerkelijk van de gedragingen van die bestuurder heeft gedistantieerd.

25 Allereerst moet worden opgemerkt dat de verwijzende rechterlijke instantie in de formulering van haar prejudiciële vraag de in artikel 45, lid 2, eerste alinea, onder c) en g), van richtlijn 2004/18 vermelde uitsluitingsgronden noemt, betreffende de uitsluiting respectievelijk van een inschrijver tegen wie een in gewijsde gegane strafrechtelijke veroordeling volgens de wettelijke bepalingen van het betrokken land met de vaststelling van een strafbaar feit dat indruist tegen zijn beroepsgedragsregels is uitgesproken, en van een inschrijver die zich bij het verstrekken van de op grond van afdeling 2 van hoofdstuk VII van die richtlijn vereiste gegevens op ernstige wijze schuldig heeft gemaakt aan valse verklaringen of die heeft verzuimd die gegevens te verstrekken.

26 Volgens de vermeldingen in de verwijzingsbeslissing is Mantovani van de aanbestedingsprocedure uitgesloten op grond dat zij de gegevens om aan te tonen dat zij zich van de gedragingen van haar bestuurder had gedistantieerd, te laat en onvolledig had meegedeeld. Inzonderheid is haar verweten, in haar verklaringen van 4 en 16 december 2013 niet te hebben vermeld dat tegen haar voormalige bestuurder een strafprocedure was ingeleid waarin op 6 december 2013 een niet in het openbaar overeengekomen veroordeling was uitgesproken.

27 Zoals de Europese Commissie opmerkt, zou dan ook kunnen worden geoordeeld dat de feiten in het hoofdgeding kunnen vallen onder de uitsluitingsgrond van artikel 45, lid 2, eerste alinea, onder d), van richtlijn 2004/18, op grond waarvan een inschrijver die in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan, vastgesteld op elke grond die de aanbestedende diensten aanmerkelijk kunnen maken, kan worden uitgesloten.

28 Volgens vaste rechtspraak staat het feit dat de verwijzende rechterlijke instantie bij de formulering van een prejudiciële vraag slechts heeft verwezen naar bepaalde voorschriften van Unierecht, er niet aan in de weg dat het Hof die rechterlijke instantie alle uitleggingsgegevens verschaft die nuttig kunnen zijn voor de beslechting van de bij hem aanhangige zaak, ongeacht of deze al dan niet in zijn vragen worden genoemd. Het staat daarbij aan het Hof om uit alle door de nationale rechterlijke instantie verschaft gegevens en met name uit de motivering van de verwijzingsbeslissing de elementen van Unierecht te putten die, gelet op het voorwerp van het geding, uitlegging

behoeven (zie onder meer arrest van 22 oktober 2015, *Impresa Edilux en SICEF*, C 425/14, EU:C:2015:721, punt 20en aldaar aangehaalde rechtspraak).

29 In die omstandigheden moet worden vastgesteld dat de prejudiciële vraag mede ziet op de uitlegging van de facultatieve uitsluitingsgrond van artikel 45, lid 2, eerste alinea, onder d), van richtlijn 2004/18.

30 Aangaande de facultatieve uitsluitingsgronden moet meteen worden vastgesteld dat het overeenkomstig artikel 45, lid 2, laatste alinea, van richtlijn 2004/18 aan de lidstaten is, onder eerbiediging van het recht van de Unie de „voorwaarden voor de toepassing” ervan te bepalen.

31 Volgens vaste rechtspraak beoogt artikel 45, lid 2, van richtlijn 2004/18 niet een uniforme toepassing van de daarin genoemde uitsluitingsgronden op het niveau van de Unie, aangezien de lidstaten over de mogelijkheid beschikken om deze uitsluitingsgronden in het geheel niet toe te passen of om ze in de nationale wetgeving op te nemen met een mate van hardheid die per geval zou kunnen verschillen, afhankelijk van de op nationaal niveau doorslaggevendende juridische, economische of sociale overwegingen. In dat kader kunnen de lidstaten de in deze bepaling opgestelde criteria verlichten of versoepelen (arrest van 14 december 2016, *Connexion Taxi Services*, C 171/15, EU:C:2016:948, punt 29en aldaar aangehaalde rechtspraak).

32 De lidstaten beschikken dus bij de bepaling van de toepassingsvoorwaarden voor de facultatieve uitsluitingsgronden van artikel 45, lid 2, van richtlijn 2004/18 over een beoordelingsbevoegdheid die zeker is.

33 Aangaande de facultatieve uitsluitingsgrond van artikel 45, lid 2, eerste alinea, onder c), van die richtlijn, op grond waarvan de aanbestedende diensten van deelneming aan een aanbestedingsprocedure kunnen uitsluiten een inschrijver jegens wie een rechterlijke uitspraak met kracht van gewijsde volgens de wetgeving van het land is gedaan, waarbij een strafbaar feit is vastgesteld dat in strijd is met zijn beroepsgedragsregels, moet allereerst worden vastgesteld dat niet wordt bepaald in hoeverre door directieleden of bestuurders van een rechtspersoon gepleegde strafbare feiten krachtens die bepaling tot uitsluiting van deze laatste kunnen leiden.

34 Zoals de advocaat-generaal in de punten 54 en 58 van zijn conclusie heeft opgemerkt, gaat het Unierecht niettemin uit van de premisse dat rechtspersonen door tussenkomst van hun vertegenwoordigers handelen. Met de beroepsgedragsregels strijdig gedrag van deze laatsten kan dan ook een relevante factor zijn voor de beoordeling of een onderneming de beroepsgedragsregels eerbiedigt. De lidstaten kunnen dus zonder meer in het kader van de uitoefening van hun bevoegdheid, de voorwaarden voor de toepassing van de facultatieve uitsluitingsgronden te bepalen, onder de factoren die relevant zijn om de integriteit van de inschrijvende onderneming te beoordelen het eventuele bestaan van gedragingen van bestuurders die tegen de beroepsgedragsregels indruisen in de beschouwing betrekken.

35 In dat verband wordt in artikel 45, lid 1, in fine, van richtlijn 2004/18 in het kader van de verplichte uitsluitingsgronden erkend dat in het nationale recht rekening mag worden gehouden met laakbaar gedrag van de bestuurders van de rechtspersoon. Niets belet dan ook dat de lidstaten, wanneer zij uitvoering geven aan de uitsluitingsgrond van artikel 45, lid 2, eerste alinea, onder c), van richtlijn 2004/18, de gedragingen van een bestuurder die de inschrijvende onderneming vertegenwoordigt beschouwen als aan deze laatste toerekenbare gedragingen.

36 Wanneer in het kader van de uitsluitingsgrond van artikel 45, lid 2, eerste alinea, onder c), van richtlijn 2004/18 de gedragingen van de bestuurders van een inschrijver die een rechtspersoon is in aanmerking worden genomen, kan dat dus niet worden beschouwd als een „uitbreiding” van het toepassingsgebied van die uitsluitingsgrond, maar wordt er daarmee uitvoering aan gegeven met behoud van het nuttig effect van die uitsluitingsgrond.

37 Dat de feitelijke omstandigheden op grond waarvan de inschrijver kan worden uitgesloten voortvloeien uit het gedrag van een bestuurder die zijn functies op de dag van indiening van het verzoek om deelneming aan de aanbestedingsprocedure had neergelegd, kan evenmin aan toepassing van die uitsluitingsgrond in de weg staan.

38 Het ligt immers voor de hand dat die uitsluitingsgrond het oog heeft op foutief handelen van een ondernemer vóór de openbare aanbestedingsprocedure. Het is aan de lidstaat om, rekening

houdend met het evenredigheidsbeginsel, te bepalen vanaf welke datum dat gedrag uitsluiting van een inschrijver kan rechtvaardigen.

39 Wat bovendien de vraag betreft of de inschrijvende onderneming met een strafbaar feit de beroepsgedragsregels heeft overtreden, moet worden vastgesteld dat wanneer een bestuurder van een vennootschap deelneemt aan de uitreiking van valse facturen, dat kan worden beschouwd als een strafbaar feit dat indruist tegen de beroepsgedragsregels.

40 Aangaande tot slot de voorwaarde dat de rechterlijke uitspraak kracht van gewijsde moet hebben, aan deze voorwaarde wordt in het hoofdgeding voldaan aangezien tot de uitsluiting is besloten nadat de rechterlijke uitspraak betreffende B. in gewijsde was gegaan.

41 Overeenkomstig de in punt 31 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak is een lidstaat gerechtigd, de toepassingsvoorwaarden voor de facultatieve uitsluitingsgronden te verlichten en toepassing van een uitsluitingsgrond achterwege te laten in geval van distantïering tussen de inschrijvende onderneming en het gedrag dat een strafbaar feit oplevert. In dat geval is hij eveneens gerechtigd, de voorwaarden van die distantïering te bepalen en te verlangen – zoals in het Italiaanse recht – dat de inschrijvende onderneming de aanbestedende dienst in kennis stelt van een tegen haar bestuurder uitgesproken veroordeling, ook indien die nog niet onherroepelijk is.

42 De inschrijvende onderneming, die die voorwaarden moet vervullen, kan alle bewijs aandragen dat naar haar oordeel die distantïering aantoot.

43 Indien die distantïering niet naar tevredenheid van de aanbestedende dienst kan worden aangetoond, moet noodzakelijkerwijs de uitsluitingsgrond worden toegepast.

44 Zoals in punt 27 van het onderhavige arrest is opgemerkt, kan in een situatie waarin de rechterlijke uitspraak houdende vaststelling van een strafbaar feit dat indruist tegen de beroepsgedragsregels van de bestuurder van een inschrijvende onderneming nog niet definitief is, artikel 45, lid 2, eerste alinea, onder d), van richtlijn 2004/18 toepassing vinden. Op grond van die bepaling kan een inschrijvende onderneming die in de beroepsuitoefening een ernstige fout heeft begaan, vastgesteld op elke grond die de aanbestedende diensten aannemelijk kunnen maken, worden uitgesloten.

45 Dienaangaande moet worden geconstateerd dat de overwegingen in de punten 34 tot en met 43 van het onderhavige arrest mutatis mutandis gelden voor een ernstige fout in de beroepsuitoefening.

46 Ten opzichte van de toepassing van artikel 45, lid 2, eerste alinea, onder c), van richtlijn 2004/18, bestaat een van de verschillen in de omstandigheid dat de aanbestedende dienst, „op elke grond”, het bestaan van een dergelijke ernstige fout aannemelijk kan maken.

47 Daarbij kan een rechterlijke beslissing, ook indien zij nog niet onherroepelijk is, afhankelijk van het voorwerp van die beslissing de aanbestedende dienst een passend middel aanreiken om het bestaan van een ernstige fout in de beroepsuitoefening aannemelijk te maken, daar zijn beslissing hoe dan ook aan rechterlijke toetsing kan worden onderworpen.

48 Hieraan moet worden toegevoegd dat een inschrijver volgens artikel 45, lid 2, eerste alinea, onder g), van richtlijn 2004/18 kan worden uitgesloten indien hij zich in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan valse verklaringen, maar ook wanneer hij de ingevolge afdeling 2 van hoofdstuk VII van titel II van die richtlijn vereiste inlichtingen, betreffende de „kwalitatieve selectiecriteria”, niet verstrekt. Wanneer de aanbestedende dienst niet in kennis wordt gesteld van de strafbare gedragingen van de voormalige bestuurder, kan dus ingevolge die bepaling ook op die grond een inschrijver van deelneming aan de openbare aanbesteding worden uitgesloten.

49 Aangaande artikel 45, lid 3, eerste alinea, onder a), van genoemde richtlijn kan worden volstaan met op te merken dat de verwijzende rechterlijke instantie niet uiteenzet in hoeverre de uitlegging van die bepaling noodzakelijk is gelet op de feiten in het hoofdgeding.

50 In haar prejudiciële vraag vermeldt de verwijzende rechterlijke instantie nog meerdere beginselen – waarvan er slechts enkele in de rang van beginselen van Unierecht zijn verheven – zonder nauwkeurig aan te geven waarom zij gelet op de feiten van de zaak relevant zouden kunnen zijn en in de weg zouden staan aan de nationale voorschriften in het hoofdgeding.

51 Wat het beginsel van gelijke behandeling betreft kan in die omstandigheden worden volstaan met op te merken dat, gelet op het doel van die voorschriften – bescherming van de integriteit van de openbare aanbesteding – de situatie van

een inschrijvende onderneming waarvan de bestuurder zich schuldig heeft gemaakt aan een strafbaar feit dat indruist tegen de beroepsgedragsregels van die onderneming of aan een ernstige fout in de uitoefening van zijn beroep, niet kan worden beschouwd als vergelijkbaar met die van een inschrijvende onderneming waarvan de bestuurder zich niet schuldig heeft gemaakt aan een dergelijk gedrag.

52 Wat betreft het rechtszekerheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het doorzichtigheidsbeginsel blijkt uit de verwijzingsbeslissing niet in hoeverre uitlegging ervan noodzakelijk zou kunnen zijn gelet op het hoofdgeding.

53 Bij het onderzoek van de toepassing van het evenredigheidsbeginsel moet worden gekeken naar de invloed van de datum vanaf welke het foutieve gedrag van de bestuurder kan worden geacht tot de uitsluiting van de inschrijvende onderneming te hebben geleid. In geval van een te grote afstand in de tijd zouden de nationale voorschriften de werkingssfeer van de richtlijnen van de Unie op het gebied van overheidsopdrachten immers kunnen beperken.

54 In dat verband lijkt het niet onevenredig, foutief gedrag in de loop van het jaar voorafgaand aan de datum van aankondiging van de overheidsopdracht in aanmerking te nemen, te meer daar de onderneming volgens de voorschriften in het hoofdgeding kan aantonen dat zij zich daadwerkelijk en volledig van de gedragingen van haar bestuurder heeft gedistantieerd.

55 Gelet op al het voorgaande moet op de gestelde vraag worden geantwoord dat richtlijn 2004/18, inzonderheid artikel 45, lid 2, eerste alinea, onder c), d) en g), van die richtlijn, alsook de beginselen van gelijke behandeling en evenredigheid aldus moeten worden uitgelegd dat zij niet in de weg staan nationale voorschriften op grond waarvan de aanbestedende dienst:

– volgens de door hem vastgestelde voorwaarden een strafrechtelijke veroordeling – ook indien die veroordeling nog niet onherroepelijk is geworden – van de bestuurder van een inschrijvende onderneming voor een strafbaar feit dat indruist tegen de beroepsgedragsregels van die onderneming in de beschouwing kan betrekken, wanneer die bestuurder zijn functies heeft neergelegd in het jaar voorafgaand aan de aankondiging van de overheidsopdracht, en

– die onderneming van deelneming aan de betrokken aanbestedingsprocedure kan uitsluiten op grond dat zij, door na te laten die nog niet onherroepelijke veroordeling te melden, zich niet volledig en daadwerkelijk van de gedragingen van die bestuurder heeft gedistantieerd.

Kosten

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

Het Hof (Vierde kamer) verklaart voor recht:

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, inzonderheid artikel 45, lid 2, eerste alinea, onder c), d) en g), van die richtlijn, alsook de beginselen van gelijke behandeling en evenredigheid moeten aldus worden uitgelegd dat zij niet in de weg staan nationale voorschriften op grond waarvan de aanbestedende dienst:

– volgens de door hem vastgestelde voorwaarden een strafrechtelijke veroordeling – ook indien die veroordeling nog niet onherroepelijk is geworden – van de bestuurder van een inschrijvende onderneming voor een strafbaar feit dat indruist tegen de beroepsgedragsregels van die onderneming in de beschouwing kan betrekken, wanneer die bestuurder zijn functies heeft neergelegd in het jaar voorafgaand aan de aankondiging van de overheidsopdracht, en

– die onderneming van deelneming aan de betrokken aanbestedingsprocedure kan uitsluiten op grond dat zij, door na te laten die nog niet onherroepelijke veroordeling te melden, zich niet volledig en daadwerkelijk van de gedragingen van die bestuurder heeft gedistantieerd.

33

Hof van Justitie EU
20 december 2017, nr. C-322/15,
ECLI:EU:C:2017:985
(mr. Silva de Lapuerta, mr. Bonichot, mr.
Arabadjiev, mr. Rodin, mr. Regan)

**Concessie. Nationale procedureregels. Vrij
verkeer Europese Unie.**

[VWEU art. 26, 49, 56, 63, 267; Handvest van
de grondrechten art. 16]

Dit verzoek is ingediend in het kader van een geschil tussen Global Starnet Ltd en de Ministero dell'Economia e delle Finanze (ministerie van Economische Zaken en Financiën, Italië) en de Amministrazione Autonoma Monopoli di Stato (Autonome Administratie van Staatsmonopolies, Italië; hierna: AAMS), over de vaststelling van de voorwaarden die van toepassing zijn op het beheer op afstand van kansspelen op spel- en amusementsautomaten alsook over de aankondiging van een opdracht voor de aanbesteding van een concessie betreffende het opzetten en de exploitatie van het netwerk voor het beheer op afstand van kansspelen op dergelijke automaten.

Eerste vraag

Met haar eerste vraag wenst de verwijzende rechterlijke instantie in wezen te vernemen of artikel 267, derde alinea, VWEU aldus moet worden uitgelegd dat de nationale rechterlijke instantie waarvan de beslissingen niet vatbaar zijn voor hoger beroep, niet verplicht is om een vraag over de uitlegging van het Unierecht voor te leggen aan het Hof, wanneer het grondwettelijk hof van de betrokken lidstaat in het kader van die nationale procedure de grondwettigheid heeft getoetst van de nationale bepalingen in het licht van referentienormen waarvan de inhoud vergelijkbaar is met de relevante bepalingen van het Unierecht.

Het feit dat voor de vaststelling van de ongrondwettigheid van een regel van nationaal recht in een dwingende rechtsgang bij het grondwettelijk hof is voorzien, brengt niet mee dat een nationale rechter bij wie een geschil over het Unierecht aanhangig is en die van oordeel is dat een nationale bepaling niet alleen strijdig is met het Unierecht maar ook ongrondwettig is, de in artikel 267 VWEU bedoelde mogelijkheid verliest of van de in dat artikel bedoelde verplichting wordt ontslagen

om zich tot het Hof te wenden met vragen over de uitlegging of de geldigheid van het Unierecht. Anders zou de doeltreffendheid van het Unierecht in het geding komen.

Uit een en ander heeft het Hof afgeleid dat het bij artikel 267 VWEU ingevoerde stelsel van samenwerking tussen het Hof en de nationale rechterlijke instanties en de voorrang van het Unierecht alleen kunnen worden verzekerd indien de nationale rechter vrij is om op elk ogenblik van de procedure dat hij passend acht – ook na een incidentele procedure voor grondwettigheidstoetsing – alle naar zijn oordeel noodzakelijke prejudiciële vragen aan het Hof voor te leggen.

Hoewel voorts de procedure van artikel 267 VWEU een instrument is voor samenwerking tussen het Hof en de nationale rechterlijke instanties, dat het Hof in staat stelt die instanties de elementen voor uitlegging van het Unierecht te verschaffen die zij nodig hebben om de voor hen aanhangige gedingen te beslechten, dient een nationale rechterlijke instantie zich in beginsel overeenkomstig artikel 267, derde alinea, VWEU tot het Hof te wenden wanneer tegen haar beslissing volgens het nationale recht geen hoger beroep openstaat en voor haar een vraag over de uitlegging van het Unierecht wordt opgeworpen.

Het feit dat de Corte costituzionale uitspraak heeft gedaan over de verenigbaarheid van de nationale bepalingen, die ook voorwerp van de tweede prejudiciële vraag zijn, met de bepalingen van de Italiaanse grondwet, die de verwijzende rechterlijke instantie beschouwt als, in wezen, dezelfde referentienormen als de artikelen 26, 49, 56 en 63 VWEU en artikel 16 van het Handvest van de grondrechten, heeft geen enkele invloed op de verplichting in artikel 267 VWEU om zich tot het Hof te wenden met vragen over de uitlegging van het Unierecht. Gelet op een en ander dient op de eerste vraag te worden geantwoord dat artikel 267, derde alinea, VWEU aldus moet worden uitgelegd dat de nationale rechterlijke instantie waarvan de beslissingen niet vatbaar zijn voor hoger beroep, in beginsel verplicht is om een vraag over de uitlegging van het Unierecht voor te leggen aan het Hof, zelfs wanneer het grondwettelijk hof van de betrokken lidstaat in het kader van die nationale procedure de grondwettigheid heeft getoetst van nationale bepalingen in het licht van referentienormen waarvan de inhoud vergelijkbaar is met de relevante bepalingen van het Unierecht.

Tweede vraag

Met haar tweede vraag wenst de verwijzende rechterlijke instantie in wezen te vernemen of de artikelen 26, 49, 56 en 63 VWEU, artikel 16 van het Handvest van de grondrechten en het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een nationale regeling als aan de orde in het hoofdgeding, die aan houders van reeds bestaande concessies in de sector van het beheer op afstand van legale kansspelen, door middel van een addendum bij de reeds bestaande overeenkomst nieuwe vereisten oplegt voor de uitoefening van hun activiteit.

Op de tweede vraag hoeft alleen hoeft te worden geantwoord met betrekking tot de artikelen 49 en 56 VWEU, artikel 16 van het Handvest van de grondrechten en het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen.

Als beperkingen van de vrijheid van vestiging en/of de vrijheid van dienstverrichting moeten worden beschouwd: alle maatregelen die de uitoefening van de door de artikelen 49 en 56 VWEU gewaarborgde vrijheden verbieden, belemmeren of minder aantrekkelijk maken.

In casu kunnen nieuwe vereisten voor de uitoefening van hun activiteit, die bij artikel 1, lid 78, onder b), punten 4, 8, 9, 17, 23 en 25, van wet nr. 220/2010 aan de bestaande concessiehouders zijn opgelegd, de uitoefening van de door de artikelen 49 en 56 VWEU gewaarborgde vrijheden minder aantrekkelijk of zelfs onmogelijk maken aangezien die vereisten hen kunnen verhinderen hun investeringen te laten renderen.

Bijgevolg beperken deze maatregelen de door de artikelen 49 en 56 VWEU gewaarborgde vrijheden. Onderzocht wordt of deze beperkingen niettemin kunnen worden gerechtvaardigd op grond van het bestaan van dwingende redenen van algemeen belang, bescherming van gewettigd vertrouwen, vrijheid van ondernemerschap of de evenredigheid van de beperking.

Op de tweede vraag moet naar aanleiding van dat onderzoek worden geantwoord dat de artikelen 49 en 56 VWEU en het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich niet verzetten tegen een nationale regeling als aan de orde in het hoofdgeding, die aan houders van reeds bestaande concessies in de sector van het beheer op afstand van legale kansspelen door middel van een addendum bij de reeds bestaande overeenkomst nieuwe vereisten oplegt voor de uitoefening van hun activiteit, voor zover de verwijzende rechterlijke instantie tot de slotsom komt dat deze regeling kan worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van alge-

meen belang, geschikt is om de nagestreefde doelstellingen te verwezenlijken en niet verder gaat dan noodzakelijk is om deze te bereiken.

In zaak C 322/16, betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië) bij beslissing van 4 februari 2016, ingekomen bij het Hof op 7 juni 2016, in de procedure

Global Starnet Ltd

tegen

Ministero dell'Economia e delle Finanze, Amministrazione Autonoma Monopoli di Stato,
wijst

HET HOF (Eerste kamer), samengesteld als volgt: R. Silva de Lapuerta, kamerpresident, J. C. Bonichot, A. Arabadjiev, S. Rodin (rapporteur) en E. Regan, rechters, advocaat-generaal: N. Wahl, griffier: R. Schiano, administrateur, gezien de stukken en na de terechtzitting op 6 april 2017,

gelet op de opmerkingen van:

– Global Starnet Ltd, vertegenwoordigd door B. Carbone, C. Barreca, S. Vinti en A. Scuderi, advocati,

– de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door G. Palmieri als gemachtigde, bijgestaan door S. Fiorentino en P. G. Marrone, avvocati dello Stato, – de Belgische regering, vertegenwoordigd door M. Jacobs en L. Van den Broeck als gemachtigden, bijgestaan door P. Vlaeminck en R. Verbeke, advocaten,

– de Tsjechische regering, vertegenwoordigd door M. Smolek en J. Vlácil als gemachtigden,

– de Portugese regering, vertegenwoordigd door L. Inez Fernandes, M. Figueiredo, A. Silva Coelho en P. de Sousa Inês als gemachtigden,

– de Europese Commissie, vertegenwoordigd door L. Malferrari en H. Tserepa-Lacombe als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 8 juni 2017,

het navolgende

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van de artikelen 26, 49, 56, 63 en 267 VWEU en van artikel 16 van het Handvest

van de grondrechten van de Europese Unie alsook van het algemene beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen.

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geschil tussen Global Starnet Ltd en de Ministero dell'Economia e delle Finanze (ministerie van Economische Zaken en Financiën, Italië) en de Amministrazione Autonoma Monopoli di Stato (Autonome Administratie van Staatsmonopolies, Italië; hierna: „AAMS”), over de vaststelling van de voorwaarden die van toepassing zijn op het beheer op afstand van kansspelen op spel en amusementsautomaten alsook over de aankondiging van een opdracht voor de aanbesteding van een concessie betreffende het opzetten en de exploitatie van het netwerk voor het beheer op afstand van kansspelen op dergelijke automaten.

Toepasselijke bepalingen

3 In artikel 1, lid 78, onder b), van legge n. 220, Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2011) [wet nr. 220 betreffende bepalingen voor het opstellen van de jaarlijkse en meerjarenbegroting van de Staat (stabiliteitswet van 2011)], van 13 december 2010 (gewoon supplement bij GURI nr. 297 van 21 december 2010; hierna: „wet nr. 220/2010”), is bepaald:

„[...]

4) gedurende de gehele duur van de concessie moet de schuld binnen de grenzen van een verhouding [...] worden gehouden die de bij decreet van het ministerie van Economische Zaken en Financiën vastgestelde waarde niet te boven gaat;

[...]

8) voor handelingen waardoor de ondernemingsstructuur van de concessiehouder wordt gewijzigd, moet vooraf goedkeuring van de AAMS worden verkregen, op straffe van verval van de concessie; onder wijziging van de ondernemingsstructuur van de concessiehouder moet worden verstaan: elke door de concessiehouder tot stand gebrachte fusie, splitsing, overdracht van onderneming, wijziging van maatschappelijke zetel of maatschappelijk doel, ontbinding van de vennootschap, met uitzondering evenwel van verkoop of plaatsing van aandelen op een gereglementeerde markt;

9) voor handelingen die een overdracht van door de concessiehouder gehouden deelnemingen inhouden, zelfs deze die een overdracht van zeggenschap over de vennootschap inhouden, waardoor

de vermogenspositie in de loop van het boekjaar waarin de handeling wordt uitgevoerd, kan dalen tot onder de door het ministerie van Economische Zaken en Financiën vastgestelde solvabiliteitsratio, moet vooraf goedkeuring van de AAMS worden verkregen, onverminderd de verplichting voor de concessiehouder om, in die omstandigheden, op straffe van verval, de vermogenspositie ten opzichte van de voornoemde solvabiliteitsratio te herstellen door een kapitaalsverhoging of andere handelingen of instrumenten die leiden tot een herstel ten opzichte van die ratio binnen de zes maanden vanaf de datum waarop de jaarrekening werden goedgekeurd;

[...]

17) de winst uit de activiteiten bedoeld in punt 6 mag enkel worden bestemd voor andere doeleinden dan die welke verbonden zijn aan de activiteiten die voorwerp van de concessie zijn, indien daarvoor vooraf goedkeuring van de AAMS is verkregen;

[...]

23) sancties in de vorm van boeten zijn voorzien in geval van een aan de concessiehouder toerekenbare niet-nakoming van de contractuele bepalingen die toegang geven tot de concessie, zelfs in geval van een niet opzettelijke niet-nakoming; de sancties worden volgens een glijdende schaal bepaald naargelang van de ernst van de niet-nakoming, met inachtneming van de beginselen van evenredigheid en doeltreffendheid van sancties;

[...]

25) bepaald is dat de concessiehouder die de activiteit beëindigt, na het einde van de concessie, de normale administratie van het beheer en de exploitatie van de inzameling van [de inzet van de kans]spelen die het voorwerp van de concessie vormen, voortzet totdat het beheer en de exploitatie aan de nieuwe concessiehouder zijn overgedragen;

[...]”

4 Krachtens artikel 1, lid 79, van deze wet, zijn de houders van concessies voor kansspelen anders dan op afstand verplicht om een addendum bij de concessieovereenkomst te ondertekenen teneinde deze overeenkomst in overeenstemming te brengen met de in het vorige punt vermelde bepalingen van deze wet.

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

5 De AAMS heeft de concessie voor de activering en de operationele exploitatie van het netwerk voor het beheer op afstand van legale kansspelen

op spel en amusementsautomaten en aanverwante activiteiten verleend aan Global Starnet op grond van een bepaling die de toekenning van dit type van concessies voorbehoudt aan bestaande concessiehouders – waarvan Global Starnet deel uitmaakt – buiten de selectieprocedures voor andere speloperators om.

6 Bij wet nr. 220/2010 zijn de vereisten om de concessies te kunnen krijgen voor de organisatie en het beheer van openbare kansspelen gewijzigd met als gevolg dat zij minder gunstig zijn voor Global Starnet. Overeenkomstig deze wet heeft de AAMS het decreet vastgesteld dat de toepasselijke voorwaarden voor het beheer op afstand van kansspelen op spel en amusementsautomaten vastlegt en heeft zij tevens de aankondiging van een opdracht voor de aanbesteding van een concessie betreffende het opzetten en de exploitatie van het netwerk voor het beheer op afstand van kansspelen op dergelijke automaten vastgesteld.

7 Global Starnet heeft beroep ingesteld tegen deze twee bestuurshandelingen bij de Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (bestuursrechter in eerste aanleg Latium, Italië).

8 Aangezien deze rechtbank het beroep had verworpen, heeft Global Starnet hoger beroep ingesteld bij de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië). Zij heeft om te beginnen aangevoerd dat het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen was geschonden omdat wet nr. 220/2010 de invoering heeft toegestaan van voorwaarden voor de uitoefening van de activiteit van concessionaris voor de organisatie en het beheer van openbare [kans]spelen die de bestaande concessieovereenkomst wezenlijk wijzigden. Vervolgens heeft zij aangevoerd dat het beginsel van gelijke behandeling was geschonden voor zover zij zich in een ongunstige positie bevond ten opzichte van nieuwe concurrenten die geen schulden hadden gemaakt en dat deze wet onverenigbaar is met de Unierechtelijke beginselen op grond waarvan elke belemmering van het vrije verkeer van goederen en diensten moet worden opgeheven. Ten slotte heeft Global Starnet betoogd dat de litigieuze bepalingen van wet nr. 220/2010 ongrondwettig zijn aangezien zij strijdig zijn met de vrijheid van ondernemerschap, en dat de aankondiging van een opdracht voor de aanbesteding van een concessie betreffende het opzetten en de exploitatie van het netwerk voor het beheer op afstand van kansspelen op spel en amusements-

automaten onwettig is omdat zij daardoor kan worden uitgesloten van de aanbestedingsprocedure.

9 De Consiglio di Stato heeft het beroep van Global Starnet bij tussenarrest van 2 september 2013 ten dele toegewezen. Hij heeft voor recht verklaard, met name, dat deze vennootschap was gedwongen om deel te nemen aan de nieuwe selectieprocedure terwijl volgens de wetgeving die van toepassing was op het tijdstip waarop haar de concessie werd verleend, een selectieprocedure voor bestaande concessiehouders niet noodzakelijk was en dat haar, op illegale wijze, een minder gunstige overeenkomst was opgedrongen terwijl zij een investering had gedaan waarbij zij erop had vertrouwd dat de oorspronkelijke concessie zonder onderbreking zou worden voortgezet, en dat ook toegang voor nieuwe concurrenten mogelijk was gemaakt.

10 Naar aanleiding van de vraag van de verwijzende rechter over de grondwettigheid van artikel 1, lid 79, van wet nr. 220/2010, heeft de Corte costituzionale (grondwettelijk hof, Italië), bij arrest nr. 56/2015 van 31 maart 2015 voor recht verklaard dat het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen en de rechtszekerheid waarden zijn die door de Italiaanse grondwet worden beschermd, maar niet op absolute wijze en niet zonder uitzondering. Aangaande de openbare dienstconcessies heeft die rechter vastgesteld dat een mogelijke overheidsinterventie die tot een wijziging van de oorspronkelijke voorwaarden leidt, moet worden beschouwd als van meet af aan inherent aan de contractuele verhouding in de concessieovereenkomst en dat dit des te meer te verwachten valt op een gevoelig gebied als dat van de openbare [kans]spelen, die een bijzondere en ononderbroken werkzaamheid van de nationale wetgever vergen. Bijgevolg zijn noch de genoemde waarden noch de vrijheid van ondernemen geschonden. Verder vertegenwoordigen de door de betrokken bepalingen opgelegde verplichtingen in casu maar een minimale herstelingsgreep in het kader van het beginsel van gelijke behandeling van de exploitanten. Deze ingreep wordt geheel gerechtvaardigd door de situatie van de bestaande concessiehouder, die een voordeel geniet omdat hij niet hoefde deel te nemen aan de nieuwe selectieprocedure. Bovendien zijn de betrokken bepalingen zodoende noch manifest incoherent gelet op de door de nationale wetgever vastgestelde doelstellingen, noch onevenredig aan de in-

houd en de aard van de contractuele relatie die voortvloeit uit de concessieovereenkomst, noch leiden zij tot bijkomende ondraaglijke lasten. Tot slot heeft de Corte costituzionale geoordeeld dat het veronderstelde gehele of gedeeltelijke verlies van het geïnvesteerde kapitaal, in het slechtste geval, slechts een zijdelings gevolg was van de door de betwiste bepalingen opgelegde beheersverplichtingen, dat als dusdanig buiten de bescherming van het recht op schadevergoeding valt.

11 Na dit arrest van de Corte costituzionale, waarin artikel 1, lid 79, van wet nr. 220/2010 is onderzocht in het licht van de bepalingen van de Italiaanse grondwet – waarvan de inhoud, volgens de verwijzende rechterlijke instantie, in essentie overeenkomt met de overeenkomstige bepalingen van het Verdrag –, heeft deze rechterlijke instantie het noodzakelijk geacht een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof.

12 In die omstandigheden heeft de Consiglio di Stato de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Primair: moet artikel 267, derde alinea, VWEU aldus worden uitgelegd dat de rechter in laatste aanleg niet onvoorwaardelijk verplicht is een vraag van uitlegging van het Unierecht te verwijzen voor een prejudiciële beslissing indien het [grondwettelijk hof], tijdens het betrokken geding, bij de beoordeling van de grondwettigheid van de nationale regeling in wezen dezelfde referentienormen heeft gebruikt als die welke het Hof wordt verzocht uit te leggen, ook al zijn zij formeel verschillend omdat zij in de grondwet en niet in de Verdragen zijn vastgelegd?

2) Subsidiair, voor het geval het Hof op de vraag over de uitlegging van artikel 267, derde alinea, VWEU antwoordt dat de prejudiciële verwijzing verplicht is: verzetten de bepalingen en beginselen van de artikelen [26, 49, 56 en 63 VWEU] en artikel 16 [...] van het Handvest van de grondrechten en het algemene vertrouwensbeginsel (dat ‘één van de fundamentele beginselen van de Unie is’, zoals vastgesteld door het Hof in het arrest van 14 maart 2013, Agrarergenossenschaft Neuzelle, C 545/11; EU:C:2013:169) zich tegen de vaststelling en toepassing van een nationale regeling [artikel 1, lid 78, onder b), punten 4, 8, 9, 17, 23 en 25, van wet nr. 220/2010] die ook aan houders van reeds bestaande concessies in de sector van het beheer op afstand van legale [kans]spelen nieuwe vereisten en verplichtingen oplegt door middel

van een addendum bij de reeds bestaande overeenkomst (en zonder enige termijn voor een geleidelijke aanpassing)?”

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Eerste vraag

13 Met haar eerste prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechterlijke instantie in wezen te vernemen of artikel 267, derde alinea, VWEU aldus moet worden uitgelegd dat de nationale rechterlijke instantie waarvan de beslissingen niet vatbaar zijn voor hoger beroep, niet verplicht is om een vraag over de uitlegging van het Unierecht voor te leggen aan het Hof, wanneer het grondwettelijk hof van de betrokken lidstaat in het kader van die nationale procedure de grondwettigheid heeft getoetst van de nationale bepalingen in het licht van referentienormen waarvan de inhoud vergelijkbaar is met de relevante bepalingen van het Unierecht.

14 Vooraf dient te worden opgemerkt dat de verwijzende rechterlijke instantie, alvorens zich tot het Hof te wenden, aan de Corte costituzionale een vraag heeft gesteld over de grondwettigheid van de bepalingen van nationaal recht die ook het voorwerp van de tweede prejudiciële vraag zijn. De Corte costituzionale heeft, in antwoord op deze vraag, uitspraak gedaan over de verenigbaarheid van deze bepalingen, niet met het Unierecht, maar met de bepalingen van de Italiaanse grondwet, die de verwijzende rechterlijke instantie beschouwt als, in wezen, dezelfde referentienormen als de artikelen 26, 49, 56 en 63 VWEU, artikel 16 van het Handvest van de grondrechten en de algemene beginselen van rechtszekerheid en van bescherming van het gewettigd vertrouwen.

Ontvankelijkheid

15 De Italiaanse regering betwist de ontvankelijkheid van de eerste vraag met de volgende argumenten.

16 Ten eerste is de nationale rechter die in laatste aanleg uitspraak doet, verplicht om de vraag vooraf te beoordelen om te vermijden dat de partijen hiervan misbruik maken. Ten tweede heeft hij geen enkele reden zich af te vragen of hij de uitlegging van de Corte costituzionale moet volgen aangezien de arresten van dat hof waarbij grondwettigheidsvragen worden afgewezen, niet bindend zijn voor de nationale rechter. Ten derde heeft de verwijzende rechterlijke instantie – na vragen te hebben gesteld aan de Corte costituzionale aangezien zij meende dat de grondwettigheidstoetsing van het nationale recht relevant was

voor de oplossing van het geding – geoordeeld dat de betwiste nationale bepalingen stroken met het Unierecht. Ten vierde is de eerste vraag zuiver hypothetisch en dus niet-ontvankelijk daar de verwijzende rechterlijke instantie de Corte costituzionale een vraag had moeten voorleggen over de eventuele strijdigheid van de betrokken regels met het Unierecht voordat zij zich met een dergelijke vraag tot het Hof wendde.

17 In dit verband zij eraan herinnerd dat het in het kader van de in artikel 267 VWEU geregelde samenwerking tussen het Hof en de nationale rechterlijke instanties uitsluitend een zaak is van de nationale rechter aan wie het geschil is voorgelegd en die de verantwoordelijkheid draagt voor de te geven rechterlijke beslissing om, gelet op de bijzonderheden van de zaak, zowel de noodzaak van een prejudiciële beslissing voor het wijzen van zijn vonnis als de relevantie van de vragen die hij aan het Hof stelt, te beoordelen. Wanneer de gestelde vragen dus betrekking hebben op de uitlegging van het Unierecht, is het Hof in beginsel verplicht daarop te antwoorden. Het Hof kan slechts weigeren uitspraak te doen op een prejudiciële vraag van een nationale rechter, wanneer duidelijk blijkt dat de gevraagde uitlegging van het Unierecht geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdeding, wanneer het vraagstuk van hypothetische aard is of wanneer het Hof niet beschikt over de gegevens, feitelijk en rechtens, die noodzakelijk zijn om een nuttig antwoord te geven op de gestelde vragen (arrest van 7 juli 2016, *Muladi*, C 447/15, EU:C:2016:533, punt 33).

18 In casu blijkt niet dat de gevraagde uitlegging van het Unierecht geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdeding of dat het vraagstuk van hypothetische aard is.

19 Bovendien is het in het licht van de voormelde rechtspraak voor de beoordeling van de ontvankelijkheid van de eerste vraag niet relevant of de verwijzende rechterlijke instantie al dan niet gebonden is door de door de Corte costituzionale gegeven uitlegging van het betrokken nationale recht en evenmin of zij aan de Corte costituzionale een vraag over de uitlegging van het Unierecht had moeten voorleggen.

20 Derhalve is de eerste vraag ontvankelijk.

Ten gronde

21 Het feit dat voor de vaststelling van de ongrondwettigheid van een regel van nationaal recht in een dwingende rechtsgang bij het grondwettelijk hof is voorzien, brengt niet mee dat een nationale rechter bij wie een geschil over het Unierecht aanhangig is en die van oordeel is dat een nationale bepaling niet alleen strijdig is met het Unierecht maar ook ongrondwettig is, de in artikel 267 VWEU bedoelde mogelijkheid verliest of van de in dat artikel bedoelde verplichting wordt ontslagen om zich tot het Hof te wenden met vragen over de uitlegging of de geldigheid van het Unierecht. De doeltreffendheid van het Unierecht zou namelijk in het geding komen indien de nationale rechter die kennisneemt van een door het Unierecht beheerst geschil, als gevolg van de verplichting om de zaak aan het grondwettelijk hof voor te leggen, zou kunnen worden belet de hem door artikel 267 VWEU toegekende bevoegdheid uit te oefenen om aan het Hof vragen te stellen over de uitlegging of de geldigheid van het Unierecht teneinde te kunnen beoordelen of een nationale bepaling al dan niet verenigbaar is met dat recht (arrest van 4 juni 2015, *Kernkraftwerke Lippe-Ems*, C 5/14, EU:C:2015:354, punt 34en aldaar aangehaalde rechtspraak).

22 Uit een en ander heeft het Hof afgeleid dat het bij artikel 267 VWEU ingevoerde stelsel van samenwerking tussen het Hof en de nationale rechterlijke instanties en de voorrang van het Unierecht alleen kunnen worden verzekerd indien de nationale rechter vrij is om op elk ogenblik van de procedure dat hij passend acht – ook na een incidentele procedure voor grondwettigheidstoetsing – alle naar zijn oordeel noodzakelijke prejudiciële vragen aan het Hof voor te leggen (arrest van 4 juni 2015, *Kernkraftwerke Lippe-Ems*, C 5/14, EU:C:2015:354, punt 35en aldaar aangehaalde rechtspraak).

23 Uit het voorgaande volgt dat de doeltreffendheid van het Unierecht in gevaar zou komen en dat zou worden afgedaan aan de nuttige werking van artikel 267 VWEU indien de nationale rechter wegens het bestaan van een procedure van grondwettigheidstoetsing zou worden belet om het Hof te verzoeken om een prejudiciële beslissing en het Unierecht onmiddellijk toe te passen in overeenstemming met de beslissing of de rechtspraak van het Hof (zie in die zin arrest van 4 juni 2015, *Kernkraftwerke Lippe-Ems*, C 5/14, EU:C:2015:354, punt 36en aldaar aangehaalde rechtspraak).

24 Hoewel voorts de procedure van artikel 267 VWEU een instrument is voor samenwerking tussen het Hof en de nationale rechterlijke instanties, dat het Hof in staat stelt die instanties de elementen voor uitlegging van het Unierecht te verschaffen die zij nodig hebben om de voor hen aanhangige gedingen te beslechten, dient een nationale rechterlijke instantie zich in beginsel overeenkomstig artikel 267, derde alinea, VWEU tot het Hof te wenden wanneer tegen haar beslissing volgens het nationale recht geen hoger beroep openstaat en voor haar een vraag over de uitlegging van het Unierecht wordt opgeworpen (zie arrest van 9 september 2015, Ferreira da Silva e Brito e.a., C 160/14, EU:C:2015:565, punt 37).

25 Het feit dat de Corte costituzionale uitspraak heeft gedaan over de verenigbaarheid van de nationale bepalingen, die ook voorwerp van de tweede prejudiciële vraag zijn, met de bepalingen van de Italiaanse grondwet, die de verwijzende rechterlijke instantie beschouwt als, in wezen, dezelfde referentienormen als de artikelen 26, 49, 56 en 63 VWEU en artikel 16 van het Handvest van de grondrechten, heeft geen enkele invloed op de verplichting in artikel 267 VWEU om zich tot het Hof te wenden met vragen over de uitlegging van het Unierecht.

26 Gelet op een en ander dient op de eerste vraag te worden geantwoord dat artikel 267, derde alinea, VWEU aldus moet worden uitgelegd dat de nationale rechterlijke instantie waarvan de beslissingen niet vatbaar zijn voor hoger beroep, in beginsel verplicht is om een vraag over de uitlegging van het Unierecht voor te leggen aan het Hof, zelfs wanneer het grondwettelijk hof van de betrokken lidstaat in het kader van die nationale procedure de grondwettigheid heeft getoetst van nationale bepalingen in het licht van referentienormen waarvan de inhoud vergelijkbaar is met de relevante bepalingen van het Unierecht.

Tweede vraag

27 Met haar tweede vraag wenst de verwijzende rechterlijke instantie in wezen te vernemen of de artikelen 26, 49, 56 en 63 VWEU, artikel 16 van het Handvest van de grondrechten en het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een nationale regeling als aan de orde in het hoofdeding, die aan houders van reeds bestaande concessies in de sector van het beheer op afstand van legale kansspelen, door middel van

een addendum bij de reeds bestaande overeenkomst nieuwe vereisten oplegt voor de uitoefening van hun activiteit.

28 In casu zijn bij artikel 1, lid 78, onder b), punten 4, 8, 9, 17, 23 en 25, van wet nr. 220/2010 aan de bestaande concessiehouders zes nieuwe vereisten voor de uitoefening van hun activiteit opgelegd. Zij leiden respectievelijk tot de verplichting om de schuldverhouding onder een bij decreet bepaalde waarde te houden; op straffe van verval vooraf goedkeuring te krijgen van de AMMS voor handelingen waardoor de ondernemingsstructuur van de concessiehouder wordt gewijzigd; vooraf goedkeuring te krijgen van de AMMS voor de overdracht van door de concessiehouder gehouden deelnemingen waardoor de vermogenspositie kan dalen onder de bij decreet bepaalde solvabiliteitsratio, onverminderd de verplichting voor de concessiehouder om in die omstandigheden, op straffe van verval, die vermogenspositie ten opzichte van de voornoemde solvabiliteitsratio te herstellen; vooraf goedkeuring te krijgen van de AMMS voor de bestemming van winsten voor andere doeleinden dan investeringen verbonden aan de activiteiten die voorwerp van de concessie zijn; zij leiden voorts tot sancties, in de vorm van boeten, die met inachtneming van de beginselen van evenredigheid en doeltreffendheid volgens een glijdende schaal zijn bepaald naargelang van de ernst van de niet-nakoming, in het geval van een aan de concessiehouder toerekenbare niet-nakoming van de contractuele bepalingen, zelfs in geval van een niet opzettelijke niet-nakoming, en zij leggen aan de concessiehouder die zijn activiteit beëindigt de verplichting op om, na het einde van de concessie, het normale beheer van de in concessie gegeven activiteit voort te zetten totdat het beheer en de exploitatie zijn overgedragen aan de nieuwe concessiehouder.

Opmerkingen vooraf

29 Er zij aan herinnerd dat, wanneer een nationale maatregel tegelijkertijd op meerdere fundamentele vrijheden betrekking heeft, het Hof de maatregel in beginsel slechts onderzoekt uit het oogpunt van één van deze vrijheden, indien uit de omstandigheden van de zaak blijkt dat de andere vrijheden volledig ondergeschikt zijn aan die ene en daarmee kunnen worden verbonden (zie beschikking van 28 september 2016, Durante, C 438/15, niet gepubliceerd, EU:C:2016:728, punt 14 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

30 Daarnaast heeft het Hof geoordeeld dat een regeling van een lidstaat die de uitoefening van een economische activiteit onderwerpt aan de verkrijging van een concessie en die in verschillende gevallen van verval van de concessie voorziet, een belemmering vormt van de door de artikelen 49 VWEU en 56 VWEU gewaarborgde vrijheden (arrest van 28 januari 2016, *Laezza*, C 375/14, EU:C:2016:60, punt 22 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

31 Voorts zij er, wat de toepasselijkheid van de artikelen 34 en 35 VWEU betreft, aan herinnerd dat de exploitatie van kansspel of gokautomaten, ongeacht of zij kan worden gescheiden van de vervaardiging, de invoer en de verspreiding van deze automaten, niet onder de artikelen betreffende het vrije verkeer van goederen valt (zie in die zin arrest van 11 september 2003, *Anomar e.a.*, C 6/01, EU:C:2003:446, punt 56).

32 Bovendien zijn, wat de toepasselijkheid van artikel 63 VWEU betreft, bij gebreke van door de verwijzende rechterlijke instantie verstrekte andersluidende gegevens, de mogelijke beperkende gevolgen van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale regeling voor het vrije verkeer van kapitaal en het vrije betalingsverkeer slechts onontkoombare consequenties van de mogelijke beperkingen van de door de artikelen 49 en 56 VWEU gewaarborgde vrijheden.

33 Ten slotte dient, wat artikel 26 VWEU betreft, vastgesteld te worden dat uit de stukken waarover het Hof beschikt voortvloeit dat het hoofdgeding geen betrekking heeft op de bevoegdheid van de Unie of van haar instellingen om de door dat artikel bepaalde maatregelen vast te stellen.

34 Hieruit volgt dat op de tweede vraag alleen hoeft te worden geantwoord met betrekking tot de artikelen 49 en 56 VWEU, artikel 16 van het Handvest van de grondrechten en het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen.
Beperking van de door de artikelen 49 en 56 VWEU gewaarborgde vrijheden

35 Als beperkingen van de vrijheid van vestiging en/of de vrijheid van dienstverrichting moeten worden beschouwd: alle maatregelen die de uitoefening van de door de artikelen 49 en 56 VWEU gewaarborgde vrijheden verbieden, belemmeren of minder aantrekkelijk maken (zie arrest van 22 januari 2015, *Stanley International Betting en Stanleybet Malta*, C 463/13, EU:C:2015:25, punt 45 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

36 In casu kunnen de in punt 28 van het onderhavige arrest vermelde nieuwe vereisten voor de uitoefening van hun activiteit, die bij artikel 1, lid 78, onder b), punten 4, 8, 9, 17, 23 en 25, van wet nr. 220/2010 aan de bestaande concessiehouders zijn opgelegd, de uitoefening van de door de artikelen 49 en 56 VWEU gewaarborgde vrijheden minder aantrekkelijk of zelfs onmogelijk maken aangezien die vereisten hen kunnen verhinderen hun investeringen te laten renderen.

37 Bijgevolg beperken deze maatregelen de door de artikelen 49 en 56 VWEU gewaarborgde vrijheden.

38 Onderzocht moet worden of deze beperkingen niettemin kunnen worden gerechtvaardigd.

Rechtvaardiging van de beperkingen van de door de artikelen 49 en 56 VWEU gewaarborgde vrijheden

– *Bestaan van dwingende redenen van algemeen belang*

39 De kansspelregeling behoort tot de gebieden waarop er tussen de lidstaten aanzienlijke morele, religieuze en culturele verschillen bestaan. Bij het ontbreken van harmonisatie ter zake op het niveau van de Unie beschikken de lidstaten over een ruime beoordelingsbevoegdheid om te bepalen welk niveau van bescherming van de consument en de maatschappelijke orde zij het meest passend achten (arrest van 8 september 2016, *Politanò*, C 225/15, EU:C:2016:645, punt 39 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

40 De lidstaten zijn derhalve vrij om hun beleidsdoelstellingen op het gebied van kansspelen te bepalen en om in voorkomend geval het gewenste beschermingsniveau nauwkeurig te omlijnen. De beperkingen die de lidstaten opleggen, moeten evenwel voldoen aan de in de rechtspraak van het Hof gestelde voorwaarden aan met name de rechtvaardiging ervan door dwingende redenen van algemeen belang en de evenredigheid ervan (arrest van 8 september 2016, *Politanò*, C 225/15, EU:C:2016:645, punt 40 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

41 In casu was het doel van de aan de orde zijnde nationale bepalingen, blijkens de bewoordingen van die bepalingen, zoals de advocaat-generaal heeft opgemerkt in punt 43 van zijn conclusie, de verbetering van de winstgevendheid en de solven- tie van de concessiehouders en de verhoging van hun aanzien en betrouwbaarheid, en bestrijding van de criminaliteit.

42 Rekening houdend met het bijzondere karakter van de aan kansspelen verbonden situatie, kunnen dergelijke doelstellingen dwingende redenen van algemeen belang vormen die een beperking van de fundamentele vrijheden zoals aan de orde in het hoofdgeding kunnen rechtvaardigen (zie in die zin arrest van 8 september 2016, Politanò, C 225/15, EU:C:2016:645, punten 42 en 43).

43 Het is hoe dan ook aan de verwijzende rechter vast te stellen welke doelstellingen de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale bepalingen daadwerkelijk nastreven (zie in die zin arrest van 28 januari 2016, Laezza, C 375/14, EU:C:2016:60, punt 35).

44 Opgemerkt zij verder dat wanneer een lidstaat zich beroept op dwingende redenen van algemeen belang ter rechtvaardiging van een regeling die de uitoefening van de vrijheden van vestiging en dienstverrichting belemmert, deze rechtvaardigingsgrond ook moet worden uitgelegd in het licht van de algemene rechtsbeginselen van het Unierecht en met name van de grondrechten die thans door het Handvest van de grondrechten worden gewaarborgd. De betrokken nationale regeling kan dus slechts de voorziene rechtvaardiging vinden wanneer zij in overeenstemming is met die rechtsbeginselen en grondrechten (zie in die zin arrest van 11 juni 2015, Berlington Hungary e.a., C 98/14, EU:C:2015:386, punt 74 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

45 In casu vraagt de verwijzende rechterlijke instantie of de beginselen van rechtszekerheid en bescherming van het gewettigd vertrouwen alsook het in artikel 16 van het Handvest van de grondrechten vastgelegde beginsel van vrijheid van ondernemerschap zich verzetten tegen een nationale regeling, zoals de in punt 28 van het onderhavige arrest vermelde regeling die in het hoofdgeding aan de orde is, die aan houders van reeds bestaande concessies in de sector voor het beheer op afstand van legale kansspelen door middel van een addendum bij de reeds bestaande overeenkomst nieuwe vereisten oplegt voor de uitoefening van hun activiteit.

– *Bescherming van het gewettigd vertrouwen*

46 Benadrukt moet worden dat het rechtszekerheidsbeginsel, waarvan het beginsel van gewettigd vertrouwen het rechtstreekse uitvloeisel is, met name vereist dat rechtsregels duidelijk, nauwkeurig en voorzienbaar zijn, in het bijzonder wanneer die regels nadelige gevolgen kunnen hebben voor particulieren en ondernemingen (zie in die zin

arrest van 11 juni 2015, Berlington Hungary e.a., C 98/14, EU:C:2015:386, punt 77 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

47 Een marktdeelnemer mag evenwel niet erop vertrouwen dat zich in het geheel geen wetswijziging zal voordoen, maar kan alleen de wijze van toepassing van een dergelijke wijziging ter discussie stellen (zie in die zin arrest van 11 juni 2015, Berlington Hungary e.a., C 98/14, EU:C:2015:386, punt 78 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

48 Dienaangaande moet worden opgemerkt dat de nationale wetgever moet voorzien in een voldoende lange overgangperiode zodat de marktdeelnemers zich kunnen aanpassen, of in een billijke vergoedingsregeling (zie in die zin arrest van 11 juni 2015, Berlington Hungary e.a., C 98/14, EU:C:2015:386, punt 85 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

49 Hoewel het aan de verwijzende rechterlijke instantie staat om, in het licht van de in de voorgaande punten aangehaalde rechtspraak en door middel van een volledige beoordeling van alle relevante omstandigheden, na te gaan of de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale regeling verenigbaar is met het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen, dient te worden opgemerkt dat uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat wet nr. 220/2010 een termijn bepaalde van 180 dagen vanaf de inwerkingtreding ervan voor de invoering van de daarbij ingestelde nieuwe vereisten middels de ondertekening van een addendum aan de overeenkomst. Deze termijn lijkt in beginsel toereikend voor de concessiehouders om zich aan deze vereisten te kunnen aanpassen.

– *Vrijheid van ondernemerschap*

50 Zoals het Hof reeds heeft geoordeeld, geldt de toetsing aan de artikelen 49 en 56 VWEU van de beperking die een nationale regeling inhoudt, ook voor de mogelijke beperkingen van de uitoefening van de rechten en vrijheden die zijn neergelegd in de artikelen 15 tot en met 17 van het Handvest van de grondrechten, zodat een afzonderlijke toetsing van het beginsel van de vrijheid van ondernemerschap niet nodig is (zie in die zin arresten van 30 april 2014, Pflieger e.a., C 390/12, EU:C:2014:281, punt 60, en 11 juni 2015, Berlington Hungary e.a., C 98/14, EU:C:2015:386, punt 91).

Evenredigheid van de beperking van de door de artikelen 49 en 56 VWEU gewaarborgde vrijheden en van de vrijheid van ondernemerschap

51 Aangaande de evenredigheid van de bij artikel 1, lid 78, onder b), punten 4, 8, 9, 17, 23 en 25, van wet nr. 220/2010 vastgestelde maatregelen, moet onderzocht worden of deze maatregelen geschikt zijn om de nagestreefde doelstellingen te verwezenlijken en niet verder gaan dan noodzakelijk is om deze te bereiken, met name door na te gaan of de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale regeling daadwerkelijk ertoe strekt die doelstellingen op samenhangende en stelselmatige wijze te verwezenlijken (arrest van 8 september 2016, Politanò, C 225/15, EU:C:2016:645, punt 44).

52 In dat verband staat het aan de verwijzende rechter om, rekening houdend met de aanwijzingen van het Hof, bij een volledige beoordeling van alle omstandigheden na te gaan of de beperkingen die in het hoofdgeding aan de orde zijn, voldoen aan de voorwaarden die met betrekking tot de evenredigheid ervan in de rechtspraak van het Hof zijn geformuleerd (arrest van 8 september 2016, Politanò, C 225/15, EU:C:2016:645, punt 49 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

53 Zoals reeds vermeld, vereisen de bij artikel 1, lid 78, onder b), punten 8, 9 en 17 van wet nr. 220/2010 vastgestelde maatregelen dat voor, respectievelijk, handelingen waardoor de ondernemingsstructuur van de concessiehouder wordt gewijzigd, overdracht van door de concessiehouder gehouden deelnemingen waardoor de vermogenspositie kan dalen ten opzichte van de bij decreet bepaalde solvabiliteitsratio en de bestemming van winsten voor andere doeleinden dan investeringen verbonden aan de activiteiten die voorwerp van de concessie zijn, vooraf goedkeuring van de AAMS wordt verkregen.

54 Het is de taak van de nationale rechter om na te gaan of de criteria die de bevoegdheden van de AAMS aangaande de voorafgaande goedkeuring afbakenen, geschikt zijn om de nagestreefde doelstellingen te verwezenlijken en niet verder gaan dan noodzakelijk is om deze te bereiken.

55 Verder lijken de maatregelen van artikel 1, lid 78, onder b), punten 4 en 9, van wet nr. 220/2010 – te weten, respectievelijk, de verplichting om de schuldverhouding onder een bij decreet bepaalde waarde te houden en de verplichting om vooraf goedkeuring van de AAMS te krijgen voor de overdracht van door de concessiehouder gehouden deelnemingen waardoor de vermogenspositie kan dalen ten opzichte van de bij decreet bepaalde solvabiliteitsratio – nuttig om een zekere

financiële draagkracht van de marktdeelnemer te garanderen en te waarborgen dat hij in staat is om aan de uit de activering en de exploitatie van een netwerk voor het beheer op afstand van kansspelen voortvloeiende verplichtingen te voldoen.

56 De verwijzende rechterlijke instantie dient zich ervan te vergewissen dat, voor de eerste van deze maatregelen, de schuldverhouding en, voor de tweede, de vermogenssolvabiliteitsratio, niet verder gaan dan noodzakelijk is om genoemde doelstelling te bereiken.

57 Aangaande de bij artikel 1, lid 78, onder b), punten 8 en 17 van wet nr. 220/2010 vastgestelde maatregelen – te weten, respectievelijk, de verplichting om, op straffe van verval, vooraf goedkeuring van de AAMS te krijgen voor handelingen waardoor de ondernemingsstructuur van de concessiehouder wordt gewijzigd en de verplichting om vooraf goedkeuring van de AAMS te krijgen voor de bestemming van winsten van bepaalde activiteiten voor andere doeleinden dan investeringen verbonden aan de activiteiten die voorwerp van de concessie zijn – dient voorts te worden opgemerkt dat zij van nut kunnen zijn in de strijd tegen criminaliteit – aangezien zij de invloed van criminele organisaties op de in het hoofdgeding aan de orde zijnde activiteiten alsook het witwassen van geld kunnen voorkomen – en dat zij niet verder gaan dan noodzakelijk is om deze doelstelling te bereiken.

58 Wat de maatregel van artikel 1, lid 78, onder b), punt 25, van wet nr. 220/2010 betreft, te weten de verplichting voor de concessiehouder die de activiteit beëindigt, om na het einde van de concessie het normale beheer van de in concessie gegeven activiteit voort te zetten totdat het beheer en de exploitatie zijn overgedragen aan de nieuwe concessiehouder, deze is van dien aard dat daarmee de continuïteit van de legale activiteit van inzameling van weddenschappen kan worden verzekerd teneinde de ontwikkeling van een parallelle illegale activiteit in te dammen en zij kan zodoende bijdragen tot de strijd tegen criminaliteit (zie in die zin arrest van 28 januari 2016, Laezza, C 375/14, EU:C:2016:60, punten 33 en 34).

59 Evenwel staat het aan de verwijzende rechterlijke instantie om na te gaan of dezelfde doelstelling kan worden bereikt met een voor de concessiehouder minder ingrijpende maatregel, daarbij rekening houdend met het feit dat de concessiehouder verplicht is om de diensten te leveren die

voorwerp van de concessie zijn voor een – eventueel – onbepaalde periode en met een negatieve balans, teneinde bij te dragen tot het algemeen belang.

60 Wat de bij artikel 1, lid 78, onder b), punt 23, van wet nr. 220/2010 vastgestelde maatregel betreft – te weten het opleggen van sancties in de vorm van boeten in geval van een aan de concessiehouder toerekenbare niet-nakoming van de contractuele bepalingen, zelfs in geval van niet opzettelijke niet-nakoming – zij eraan herinnerd dat sancties niet verenigbaar zijn met het Unierecht als hun toepassingsvoorwaarden zelf strijdig zijn met het Unierecht (zie in die zin arrest van 6 maart 2007, *Placanica e.a.*, C 338/04, C 359/04 en C 360/04, EU:C:2007:133, punt 69). De sancties mogen niet verder gaan dan hetgeen strikt noodzakelijk is ter bereiking van de beoogde doelen, en een sanctie mag niet dermate onevenredig zijn aan de ernst van de overtreding dat zij een belemmering van de in de Verdragen neergelegde vrijheden wordt (zie in die zin arrest van 5 juli 2007, *Ntioni en Pikoulas*, C 430/05, EU:C:2007:410, punt 54).

61 Bij de beoordeling of een sanctie in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel, moet de nationale rechter met name rekening houden met de aard en de ernst van de inbreuk waarvoor de sanctie wordt opgelegd en met de wijze waarop de hoogte ervan wordt bepaald (zie in die zin arresten van 8 mei 2008, *Ecotrade*, C 95/07 en C 96/07, EU:C:2008:267, punten 65-67, en 20 juni 2013, *Rodopi M 91*, C 259/12, EU:C:2013:414, punt 38).

62 In casu dienen de sancties, volgens de bewoordingen van artikel 1, lid 78, onder b), punt 23, van wet nr. 220/2010 „volgens een glijdende schaal te worden bepaald naargelang van de ernst van de niet-nakoming, met inachtneming van de beginselen van evenredigheid en doeltreffendheid van sancties”. Derhalve vloeit noch uit de bewoordingen noch uit de stukken waarover het Hof beschikt, voort dat de sancties waarin door deze bepaling wordt voorzien strijdig zouden zijn met het Unierecht.

63 Bovendien heeft het Hof reeds geoordeeld dat de invoering van een stelsel van objectieve aansprakelijkheid niet onevenredig aan de nagestreefde doelstellingen is, wanneer dit stelsel voor de betrokkenen een stimulans kan vormen om een bepaalde regeling na te leven en de nagestreefde doelstellingen een algemeen belang vertegenwoor-

digen dat de invoering van een dergelijk stelsel kan rechtvaardigen (arrest van 9 februari 2012, *Urbán*, C 210/10, EU:C:2012:64, punt 48).

64 Zo is ook een systeem zoals dat aan de orde in het hoofdgeding, waarin een sanctie kan worden opgelegd voor een aan de concessiehouder toerekenbare niet-nakoming van de contractuele bepalingen – zelfs in geval van een niet opzettelijke niet-nakoming – niet strijdig met het Unierecht. 65 Uit al het voorgaande volgt dat op de tweede vraag moet worden geantwoord dat de artikelen 49 en 56 VWEU en het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich niet verzetten tegen een nationale regeling als aan de orde in het hoofdgeding, die aan houders van reeds bestaande concessies in de sector van het beheer op afstand van legale kansspelen door middel van een addendum bij de reeds bestaande overeenkomst nieuwe vereisten oplegt voor de uitoefening van hun activiteit, voor zover de verwijzende rechterlijke instantie tot de slotsom komt dat deze regeling kan worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang, geschikt is om de nagestreefde doelstellingen te verwezenlijken en niet verder gaat dan noodzakelijk is om deze te bereiken.

Kosten

66 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 (Eerste kamer) verklaart voor recht:

1) Artikel 267, derde alinea, VWEU moet aldus worden uitgelegd dat de nationale rechterlijke instantie waarvan de beslissingen niet vatbaar zijn voor hoger beroep, in beginsel verplicht is om een vraag over de uitlegging van het Unierecht voor te leggen aan het Hof, zelfs wanneer het grondwettelijk hof van de betrokken lidstaat in het kader van die nationale procedure de grondwettigheid heeft getoetst van nationale bepalingen in het licht van referentienormen waarvan de inhoud vergelijkbaar is met de relevante bepalingen van het Unierecht.

2) De artikelen 49 en 56 VWEU en het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen moeten aldus worden uitgelegd dat zij zich niet verzetten tegen een nationale regeling als aan de

orde in het hoofdeding, die aan houders van reeds bestaande concessies in de sector van het beheer op afstand van legale kansspelen door middel van een addendum bij de reeds bestaande overeenkomst nieuwe vereisten oplegt voor de uitoefening van hun activiteit, voor zover de verwijzende rechterlijke instantie tot de slotsom komt dat deze regeling kan worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang, geschikt is om de nagestreefde doelstellingen te verwezenlijken en niet verder gaat dan noodzakelijk is om deze te bereiken.

34

Hof van Justitie EU
20 december 2017, nr. C-677/15,
ECLI:EU:C:2017:998
(mr. Von Danwitz, mr. Vajda, mr. Juhász, mr. Jürimäe, mr. Lycourgos)

Wijziging beoordelingssystematiek. Motivering gunningsbeslissing. Onrechtmatige daad. Causaal verband. Schadevergoeding.

[VWEU art. 296; Verordening (EG, Euratom) 1605/2002 art. 100 lid 2]

Met zijn hogere voorziening verzoekt het Bureau voor intellectuele eigendom van de Europese Unie (EUIPO) om vernietiging van het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 7 oktober 2015, European Dynamics Luxembourg e.a./BHIM (T-299/11, EU:T:2015:757; hierna: "bestreden arrest"), waarbij het Gerecht:

- heeft beslist tot nietigverklaring van het besluit van het EUIPO (hierna: "litigieus besluit"), vastgesteld in het kader van openbare aanbestedingsprocedure AO/021/10 en aan European Dynamics Luxembourg SA meegedeeld bij brief van 28 maart 2011, waarbij haar inschrijving met het oog op de gunning van een raamovereenkomst als derde is gerangschikt in het kader van het cascadesysteem.
- de Europese Unie heeft veroordeeld tot het vergoeden van de door European Dynamics Luxembourg geleiden schade wegens het verlies van een kans op gunning van de raamovereenkomst als eerste contractant in het cascadesysteem.

Eerste middel

Het EUIPO verwijt het Gerecht in wezen dat het de in punt 48 van het bestreden arrest bedoelde rechtspraak van het Hof onjuist heeft toegepast en dat het in punt 53 van dat arrest ten onrechte heeft geoordeeld dat het EUIPO op onrechtmatige wijze wegingsfactoren van de subcriteria binnen het eerste gunningscriterium had ingevoerd.

Een aanbestedende dienst kan na het verstrijken van de termijn voor het indienen van de inschrijvingen wegingscoëfficiënten voor de subcriteria vaststellen die in wezen aansluiten op de criteria die vooraf ter kennis zijn gebracht van de inschrijvers. Deze vaststelling achteraf moet evenwel voldoen aan drie voorwaarden, namelijk, ten eerste, dat deze geen wijziging brengt in de in het bestek of de aankondiging van de opdracht omschreven criteria voor de gunning van de opdracht, ten tweede, dat deze geen elementen bevat die, indien zij bij de voorbereiding van de inschrijvingen bekend waren geweest, deze voorbereiding hadden kunnen beïnvloeden, en, ten derde, dat daarbij geen elementen in aanmerking zijn genomen die discriminerend kunnen werken jegens een van de inschrijvers.

In casu hadden de omstreden vaststellingen betrekking op de invoering van een weging van subcriteria binnen een van de gunningscriteria, waarin het bestek niet voorzag en die evenmin vooraf aan de inschrijvers ter kennis was gebracht, hetgeen het EUIPO niet betwist. Gelet op het voorgaande, kon het Gerecht niet op goede gronden constateren dat het beginsel van gelijke kansen en het transparantiebeginsel waren geschonden zonder dat het vooraf had onderzocht of voor hem was aangevoerd en bewezen dat niet was voldaan aan deze drie voorwaarden.

Aangezien het Gerecht, alvorens de tweede grief van het tweede middel van het beroep in eerste aanleg gegrond te verklaren, niet heeft onderzocht of in casu was voldaan aan deze drie in de rechtspraak van het Hof ontwikkelde voorwaarden, dient het eerste middel in hogere voorziening te worden aanvaard.

Tweede middel en tweede onderdeel van het derde middel

Met zijn tweede middel voert het EUIPO aan dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in punt 136 van het bestreden arrest, gelezen in samenhang met punt 121 daarvan, te beslissen dat de kennelijke beoordelingsfouten, die het in de punten 91, 95, 96 en 97 tot en met 103 van dat arrest had vastgesteld, de nietigverklaring van het litigieuze besluit verantwoordden.

Dienaangaande zij vastgesteld dat het EUIPO zich er toe beperkt te stellen dat het Gerecht zijn eigen rechtspraak onjuist heeft toegepast en dat de onregelmatigheden die het heeft vastgesteld de uitkomst van het litigieuze besluit niet zouden hebben gewijzigd.

Inzonderheid verduidelijkt noch bewijst het EUIPO dat het gunningsbesluit in casu voor European Dynamics Luxembourg niet gunstiger had kunnen zijn zonder de verschillende door het Gerecht vastgestelde onregelmatigheden.

In deze omstandigheden heeft het EUIPO geen gegronde redenen om het Gerecht te verwijten dat het niet heeft onderzocht of de onjuiste beoordeling met betrekking tot het tweede gunningscriterium en de motiveringsgebreken die het heeft vastgesteld met betrekking tot het gunningsbesluit een weerslag konden hebben op het dispositief van dit besluit.

Eerste onderdeel van het derde middel

Met het eerste onderdeel van dit middel voert het EUIPO aan dat het Gerecht de omvang van de motiveringsplicht die volgens artikel 100, lid 2, van het Financieel Reglement op de aanbestedende overheid rust, onjuist heeft opgevat.

Het Gerecht heeft overwogen dat moet worden vastgesteld dat op dit punt sprake is van een ontoereikende motivering in de zin van artikel 296, tweede alinea, VWEU, gelezen in samenhang met artikel 100, lid 2, van het Financieel Reglement, ermee rekening houdend dat het bestek onvoldoende nauwkeurig was en dat het oordeel van het evaluatiecomité beknopt en vaag was, zodat niet kan worden nagegaan of de kritiek van het EUIPO op het opnemen van een hoofdprojectbeheerder en een projectbeheerder in de inschrijving van European Dynamics Luxembourg, plausibel was. Het EUIPO expliciteert echter niet hoe het Gerecht om tot een dergelijke vaststelling te komen, een striktere toetsing heeft toegepast dan de toetsing die voortvloeit uit de rechtspraak van het Hof.

Ten slotte heeft het Gerecht in het bestreden arrest overwogen dat de laatste commentaar van het evaluatiecomité, dat “[d]e hele offerte zeer operationeel in plaats van strategisch van inslag is en focust op een ander type projectmanager dan het [EUIPO] voor ogen heeft”, onbegrijpelijk was en dat inzonderheid de verklaring dat het EUIPO een “ander type projectmanager” voor ogen had een vage en bijgevolg onverifieerbare kritiek vormde. Dienaangaande kan worden volstaan met de opmerking, ten eerste, dat het EUIPO niet betwist dat het in de procedure bij het Gerecht ter zake slechts één argument heeft aangevoerd, zoals blijkt uit

punt 88 van het bestreden arrest. Ten tweede betwist het EUIPO evenmin de vaststellingen van het Gerecht dat het bestek geen voldoende duidelijke en nauwkeurige criteria bevat en dat de oordelen van het evaluatiecomité beknopt en vaag zijn. Voor het Hof is dus niet aangetoond dat het Gerecht blij heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

Vierde middel

Met zijn argument voert het EUIPO in wezen aan dat in het bestreden arrest is aangetoond noch gemotiveerd dat een causaal verband bestaat tussen de door het Gerecht vastgestelde kennelijk onjuiste beoordelingen met betrekking tot het tweede gunningscriterium en de schade die European Dynamics Luxembourg heeft geleden door het verlies van een kans.

Dit argument moet in de omstandigheden van het onderhavige geval gegrond worden geacht. Immers, ten eerste, zoals in dit arrest is vastgesteld, wordt in de punten 53, 91 en 96 van het bestreden arrest blij gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, zodat het Gerecht ten aanzien van het eerste gunningscriterium geen enkele onrechtmatigheid heeft vastgesteld die voortvloeit uit schending van het beginsel van gelijke kansen en het transparantiebeginsel, en evenmin uit een kennelijk onjuiste beoordeling.

Ten tweede heeft het Gerecht in punt 143 van het bestreden arrest geoordeeld dat niet is kunnen worden vastgesteld dat sprake was van een causaal verband tussen de motiveringsgebreken die het had vastgesteld en de door European Dynamics Luxembourg e.a. gestelde schade.

Bijgevolg zou voor de aansprakelijkheid van de Unie vereist zijn dat er een causaal verband bestaat tussen de enige, in punt 102 van dat arrest vastgestelde, materiële onrechtmatigheid in de evaluatie van de inschrijving van European Dynamics Luxembourg, en het verlies van een kans. In het bestreden arrest stelt het Gerecht het bestaan van dit causaal verband echter niet rechtens genoegzaam vast. Het Gerecht heeft met name niet vastgesteld of en in hoeverre European Dynamics Luxembourg, gelet op de feiten van de onderhavige zaak en bij gebreke van fouten door het EUIPO, als eerste zou zijn gerangschikt en de betrokken opdracht zou hebben gekregen.

Daaruit volgt dat aangezien niet is voldaan aan een van de noodzakelijke voorwaarden voor de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie, het Gerecht het verzoek van European Dynamics Luxembourg e.a. om schadevergoeding niet had mogen toewijzen.

Beslissing

1) *Het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 7 oktober 2015, European Dynamics Luxembourg e.a./BHIM (T-299/11, EU:T:2015:757), wordt vernietigd voor zover daarin*

- in punt 2 van het dictum de Europese Unie wordt veroordeeld tot vergoeding van de schade die European Dynamics Luxembourg heeft geleden door het verlies van een kans om als eerste contractant in het cascadesysteem de raamovereenkomst toegewezen te krijgen, en

- in de punten 4 en 5 van het dictum wordt beslist dat partijen het Gerecht het in onderlinge overeenstemming becijferde bedrag van de vergoeding zullen meedelen, of, bij ontbreken van deze overeenstemming, hun berekeningen aan het Gerecht zullen toezenden.

2) *De hogere voorziening wordt afgewezen voor het overige.*

3) *Het verzoek om schadevergoeding van European Dynamics Luxembourg SA, Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE en European Dynamics Belgium SA in zaak T-299/11 wordt afgewezen.*

4) *Het Bureau voor intellectuele eigendom van de Europese Unie (EUIPO), alsook European Dynamics Luxembourg SA, Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE en European Dynamics Belgium SA dragen hun eigen kosten in het kader van de hogere voorziening en de procedure in eerste aanleg.*

In zaak C 677/15 P,

betreffende een hogere voorziening krachtens artikel 56 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie, ingesteld op 16 december 2015,

Bureau voor intellectuele eigendom van de Europese Unie (EUIPO), vertegenwoordigd door N. Bambara als gemachtigde, bijgestaan door P. Wytinck en B. Hoorelbeke, advocats, rekwirant,

andere partijen in de procedure:

European Dynamics Luxembourg SA, gevestigd te Luxemburg,

Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE, gevestigd te Athene (Griekenland),

European Dynamics Belgium SA, gevestigd te Brussel (België),

vertegenwoordigd door M. Sfyri, C. N. Dede en D. Papadopoulou, dikigoroi, verzoeksters in eerste aanleg, wijst

HET HOF (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: T. von Danwitz, kamerpresident, C. Vajda, E. Juhász (rapporteur), K. Jürimäe en C. Lycourgos, rechters,

advocaat-generaal: H. Saugmandsgaard Øe,

griffier: A. Calot Escobar,

gezien de stukken,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 11 mei 2017,

het navolgende

Arrest

1 Met zijn hogere voorziening verzoekt het Bureau voor intellectuele eigendom van de Europese Unie (EUIPO) om vernietiging van het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 7 oktober 2015, *European Dynamics Luxembourg e.a./BHIM (T 299/11, EU:T:2015:757*; hierna: „bestreden arrest”), waarbij het Gerecht:

– heeft beslist tot nietigverklaring van het besluit van het EUIPO (hierna: „litigieus besluit”), vastgesteld in het kader van openbare aanbestedingsprocedure AO/021/10, met als opschrift „Externe dienstverlening voor programma en projectbeheer alsook technische bijstand op IT gebied” (hierna: „betrokken opdracht”), en aan *European Dynamics Luxembourg SA* meegedeeld bij brief van 28 maart 2011, waarbij haar inschrijving met het oog op de gunning van een raamovereenkomst als derde is gerangschikt in het kader van het

cascadesysteem en de offertes van het consortium Unisys SLU en Charles Oakes & Co. Sàrl, enerzijds, en ETIQ Consortium, anderzijds, respectievelijk als eerste en tweede zijn gerangschikt.

– de Europese Unie heeft veroorzaakt tot het vergoeden van de door European Dynamics Luxembourg geleden schade wegens het verlies van een kans op gunning van de raamovereenkomst als eerste contractant in het cascadesysteem.

Toepasselijke bepalingen

2 Verordening (EG, Euratom) nr. 1605/2002 van de Raad van 25 juni 2002 houdende het Financieel Reglement van toepassing op de algemene begroting van de Europese Gemeenschappen (PB 2002, L 248, blz. 1), zoals gewijzigd bij verordening (EG, Euratom) nr. 1995/2006 van de Raad van 13 december 2006 (PB 2006, L 390, blz. 1) (hierna: „Financieel Reglement”), stelt de basisregels vast voor het gehele begrotingsterrein, onder meer inzake het plaatsen van overheidsopdrachten.

3 Zo bepaalt artikel 100, lid 2, eerste alinea, van het Financieel Reglement dat de aanbestedende dienst aan elke afgewezen gegadigde of inschrijver de redenen mededeelt waarom zijn inschrijving of offerte niet in aanmerking werd genomen, en elke inschrijver die een geldige offerte heeft ingediend op zijn schriftelijk verzoek in kennis stelt van de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte en van de naam van degene aan wie de opdracht werd gegund. De tweede alinea van dit lid bepaalt echter dat de mededeling van bepaalde gegevens achterwege kan worden gelaten wanneer zulks aan de toepassing van de wetten in de weg zou staan, in strijd zou zijn met het openbaar belang, afbreuk zou doen aan gewettigde commerciële belangen van openbare of particuliere ondernemingen of een eerlijke concurrentie tussen hen onmogelijk zou maken.

4 Artikel 149 van verordening (EG, Euratom) nr. 2342/2002 van de Commissie van 23 december 2002 tot vaststelling van uitvoeringsvoorschriften van verordening nr. 1605/2002 (PB 2002, L 357, blz. 1), zoals gewijzigd bij verordening (EG, Euratom) nr. 478/2007 van de Commissie van 23 april 2007 (PB 2007, L 111, blz. 13), preciseert de verplichtingen die de aanbestedende dienst krachtens artikel 100, lid 2, van het Financieel Reglement heeft met betrekking tot de kennisgeving aan gegadigden en inschrijvers.

5 Overeenkomstig artikel 115, leden 1 en 2, van verordening (EG) nr. 207/2009 van de Raad van 26 februari 2009 inzake het Uniemerck (PB 2009, L 78, blz. 1), zoals gewijzigd bij verordening (EU) 2015/2424 van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2015 (PB 2015, L 341, blz. 21) (hierna: „verordening nr. 207/2009”), is het EUIPO een agentschap van de Unie en heeft het rechtspersoonlijkheid. In elk van de lidstaten bezit het EUIPO de ruimst mogelijke rechtsbevoegdheid die door de nationale wetgeving aan rechtspersonen kan worden toegekend; het kan met name roerend en onroerend goed verkrijgen of vervreemden en in rechte optreden.

6 In artikel 118, leden 3 en 4, van verordening nr. 207/2009 wordt bepaald dat inzake de niet-contractuele aansprakelijkheid het EUIPO overeenkomstig de algemene beginselen welke de rechtstelsels van de lidstaten gemeen hebben, de schade moet vergoeden die door zijn diensten of personeelsleden in de uitoefening van hun functie is veroorzaakt. Het Hof van Justitie van de Europese Unie is bevoegd om kennis te nemen van geschillen over vergoeding van dergelijke schade.

Feiten van het geding, procedure bij het Gerecht en bestreden arrest

7 De voorgeschiedenis van het geding wordt uiteengezet in de punten 1 tot en met 28 van het bestreden arrest.

8 Naar aanleiding van deze feiten hebben European Dynamics Luxembourg, Evropaiki Dynamiki – Proigmena Systemata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE en European Dynamics Belgium SA (hierna samen: „European Dynamics Luxembourg e.a.”) op 6 juni 2011 bij het Gerecht beroep tot nietigverklaring van het litigieuze besluit ingesteld. Na intrekking van een van hun vorderingen ter terechtzitting, vorderden zij:

– nietigverklaring van het litigieuze besluit voor zover daarbij de inschrijving van European Dynamics Luxembourg als derde wordt gerangschikt volgens het cascadesysteem;

– nietigverklaring van alle andere daarmee verband houdende besluiten van het EUIPO, met inbegrip van de besluiten waarbij de betrokken opdracht wordt gegund aan de inschrijvers die als eerste en tweede zijn gerangschikt volgens het cascadesysteem;

– veroordeling van het EUIPO tot betaling van 650000 EUR ter vergoeding van de schade die zij hebben geleden wegens het verlies van een kans en de aantasting van hun reputatie en geloofwaardigheid, en

– verwijzing van het EUIPO in de kosten.

9 Ter ondersteuning van hun vordering tot nietigverklaring voerden European Dynamics Luxembourg e.a. drie middelen aan. Met hun eerste middel verweten zij het EUIPO dat het artikel 100, lid 2, eerste alinea, van het Financieel Reglement en artikel 149 van verordening nr. 2342/2002, zoals gewijzigd bij verordening nr. 478/2007, had geschonden en de motiveringsplicht in de zin van artikel 296, tweede alinea, VWEU niet was nagekomen, door te weigeren hun het gunningsbesluit op toereikende wijze toe te lichten of te verantwoorden. Met hun tweede middel voerden zij aan dat het EUIPO „het bestek niet in acht h[ad] genomen” door een nieuw gunningscriterium en een nieuwe weg van subgunningscriteria te hanteren die niet in het bestek waren vermeld, waardoor zij werden benadeeld. Met hun derde middel verweten European Dynamics Luxembourg e.a. het EUIPO dat het verschillende kennelijke beoordelingsfouten had gemaakt.

10 Het Gerecht heeft achtereenvolgens het tweede, het derde en het eerste middel ter ondersteuning van het beroep tot nietigverklaring onderzocht.

11 Allereerst heeft het Gerecht in het kader van het onderzoek van het tweede middel, in punt 48 van het bestreden arrest opgemerkt dat uit de negatieve commentaar van het EUIPO op de inschrijving van European Dynamics Luxembourg, dat in de inschrijvingen die voor het eerste gunningscriterium een betere score hadden gekregen dan eerstgenoemde inschrijving „het wijzigingsbeheer en de communicatie als de twee belangrijkste taken voor het slagen van het project [waren] aangeduid”, bleek dat het EUIPO binnen het eerste gunningscriterium een weg van de verschillende subcriteria had verricht. In punt 53 van dat arrest heeft het Gerecht geoordeeld dat, aangezien deze weg niet was vastgelegd in het bestek en ook niet vooraf was meegedeeld aan de inschrijvers, het EUIPO het beginsel van gelijke kansen en het transparantiebeginsel had geschonden, waardoor European Dynamics Luxembourg e.a. waren benadeeld. Bijgevolg heeft het Gerecht in punt 55 van dat arrest het tweede middel gedeeltelijk aanvaard.

12 Vervolgens heeft het Gerecht in het kader van het onderzoek van het derde middel geoordeeld dat bepaalde negatieve commentaren van het EUIPO, wat de beoordeling van de inschrijving van European Dynamics Luxembourg in het kader van het eerste en het tweede gunningscriterium betreft, op een kennelijke beoordelingsfout berusten. Ten eerste heeft het Gerecht in punt 91 van het bestreden arrest vastgesteld dat, aangezien de in dat punt uiteengezette negatieve commentaar in strijd was met het beginsel van gelijke kansen en het transparantiebeginsel, ook deze beoordeling zelf noodzakelijkerwijs was aangetast door een kennelijke beoordelingsfout. Ten tweede heeft het Gerecht in punt 102 van dat arrest geoordeeld dat de negatieve commentaar, dat European Dynamics Luxembourg „geen voorbeelden van [...] te leveren prestaties” had verstrekt, ook op een kennelijke beoordelingsfout berustte aangezien het bestek daarvoor geen enkele steun bood. Bijgevolg heeft het Gerecht het derde middel aanvaard voor zover het betrekking had op de grieven tegen deze commentaren, en heeft het dit middel verworpen voor het overige.

13 Bovendien heeft het Gerecht nog steeds in het kader van het onderzoek van het derde middel, in de punten 86, 89 en 95 van het bestreden arrest vastgesteld dat verschillende andere commentaren van het EUIPO met betrekking tot de evaluatie van de inschrijving van European Dynamics Luxembourg in het kader van het eerste gunningscriterium ontoereikend waren gemotiveerd in de zin van artikel 296, tweede alinea, VWEU, gelezen in samenhang met artikel 100, lid 2, van het Financieel Reglement, zodat het Gerecht niet kon nagaan of er in verband met deze commentaren kennelijke beoordelingsfouten waren gemaakt.

14 Ten slotte heeft het Gerecht aan het einde van het onderzoek van het eerste middel, nadat het in punt 134 van het bestreden arrest had verwezen naar de beoordelingen die aan het einde van het onderzoek van het derde middel ontoereikend gemotiveerd waren geacht, in punt 135 van dat arrest geoordeeld dat het litigieuze besluit op verschillende punten ontoereikend was gemotiveerd.

15 In deze omstandigheden heeft het Gerecht in punt 136 van het bestreden arrest geoordeeld dat het litigieuze besluit in zijn geheel nietig moest worden verklaard.

16 Ter ondersteuning van hun verzoek om schadevergoeding hebben European Dynamics Luxembourg e.a., zoals uit punt 137 van het bestreden arrest blijkt, vergoeding gevorderd voor het verlies van een kans op gunning van de betrokken opdracht als gekozen inschrijver die als eerste is gerangschikt, en voor de morele schade die zij hadden geleden door de aantasting van hun reputatie en geloofwaardigheid.

17 Het Gerecht heeft vastgesteld dat was voldaan aan de voorwaarden die volgens artikel 340, tweede alinea, VWEU gelden voor de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie, aangezien de materiële onrechtmatigheden die het had vastgesteld, de kans van European Dynamics Luxembourg om als eerste of tweede te worden gerangschikt in het cascadesysteem, konden ondermijnen.

18 Het Gerecht heeft het echter niet noodzakelijk geacht om na te gaan of er sprake was van een aantasting van de reputatie en de geloofwaardigheid van European Dynamics Luxembourg e.a., aangezien de nietigverklaring van het gunningsbesluit in beginsel volstaat ter compensatie van de door deze aantasting veroorzaakte schade. Bijgevolg heeft het het verzoek om schadevergoeding gedeeltelijk toegewezen en partijen verzocht overeenstemming te bereiken over het bedrag van de te betalen schadevergoeding.

Procedure bij het Hof en conclusies van partijen

19 Met zijn hogere voorziening verzoekt het EUIPO het Hof:

- primair, het bestreden arrest te vernietigen en het beroep tot nietigverklaring van het litigieuze besluit en het in eerste aanleg ingestelde verzoek om schadevergoeding, af te wijzen;
- subsidiair, het bestreden arrest te vernietigen en de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht;
- meer subsidiair, het bestreden arrest te vernietigen voor zover de Unie daarbij is veroordeeld tot vergoeding van de schade aan European Dynamics Luxembourg e.a., en
- European Dynamics Luxembourg e.a. te verwijzen in de kosten van de procedure.

20 European Dynamics Luxembourg e.a. verzoeken het Hof:

- de hogere voorziening af te wijzen, en
- het EUIPO te verwijzen in de kosten van beide procedures.

Hogere voorziening

21 Ter ondersteuning van zijn hogere voorziening voert het EUIPO vier middelen aan: ten eerste, een onjuiste rechtsopvatting bij de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en het transparantiebeginsel en een ontoereikende motivering, ten tweede, onjuiste rechtsopvattingen voor zover het Gerecht het litigieuze besluit nietig heeft verklaard wegens kennelijke beoordelingsfouten, ten derde, schending van artikel 100, lid 2, van het Financieel Reglement, gelezen in samenhang met artikel 296, tweede alinea, VWEU, en, ten vierde, een onjuiste rechtsopvatting en een ontoereikende motivering voor zover het bestreden arrest het verzoek om schadevergoeding van European Dynamics Luxembourg e.a. heeft toegewezen.

Eerste middel

Argumenten van partijen

22 Het EUIPO stelt dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de vermeende invoering van nieuwe wegingsfactoren voor het eerste gunningscriterium ertoe heeft geleid dat het beginsel van gelijke kansen en het transparantiebeginsel niet zijn geëerbiedigd. Het voert aan dat het Gerecht ten onrechte heeft geoordeeld dat het litigieuze besluit deze beginselen schendt doordat de evaluatie van de inschrijving van European Dynamics Luxembourg in het kader van het eerste gunningscriterium is uitgevoerd aan de hand van wegingsfactoren van subcriteria binnen dat criterium die niet uit het bestek blijken en die niet aan de inschrijvers zijn meegedeeld. Volgens het EUIPO steunt de beoordeling in punt 53 van het bestreden arrest, die een „automatisch causaal verband” tussen de invoering van die wegingsfactoren en de schending van die beginselen vaststelt, op een onjuiste uitlegging van de rechtspraak van het Hof en is deze bovendien ontoereikend gemotiveerd. Inzonderheid verwijst het EUIPO dienaangaande naar het arrest van 24 november 2005, ATI EAC e Viaggi di Maio e.a. (C 331/04, EU:C:2005:718).

23 Volgens European Dynamics Luxembourg e.a. heeft het EUIPO voor het Gerecht niet aangevoerd dat wegingsfactoren die niet in het bestek waren vermeld geen invloed hebben gehad op de voorbereiding van de inschrijvingen, zodat dit argument, waarbij het Gerecht wordt verweten dat het niet is nagegaan of de invoering van deze factoren de rechten van European Dynamics Luxembourg e.a. heeft gewijzigd, en dat voor het eerst in het kader van deze hogere voorziening wordt aangevoerd, nieuw is en daarom niet-ontvankelijk.

24 Dit middel is hoe dan ook ongegrond. European Dynamics Luxembourg e.a. voeren in wezen aan dat het Gerecht deze rechtspraak van het Hof, waarop het EUIPO zich beroept, inderdaad heeft gevolgd, aangezien het, zelfs zonder deze uitdrukkelijk aan te halen, heeft vastgesteld dat de invoering van die wegingsfactoren zonder voorafgaande kennisgeving hen heeft benadeeld.

25 Ten slotte is het bestreden arrest volgens European Dynamics Luxembourg e.a. rechtens toereikend gemotiveerd, aangezien het Gerecht niet in staat was om een volledig onderzoek te verrichten, juist omdat het EUIPO vage commentaren heeft gegeven en het litigieuze besluit geen plausibele argumenten en geen aannemelijke redenering bevat.

Beoordeling door het Hof

26 Om te beginnen dient de door European Dynamics Luxembourg e.a. opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid te worden afgewezen.

27 Het EUIPO kan immers een hogere voorziening instellen waarin het middelen aanvoert die uit het bestreden arrest voortvloeien en ertoe strekken de gegrondheid daarvan te betwisten.

28 Door zijn argumenten, waarvan European Dynamics Luxembourg e.a. stellen dat zij niet-ontvankelijk zijn, betwist het EUIPO in rechte de gegrondheid van de oplossing van het Gerecht (zie in die zin arrest van 29 november 2007, Stadtwerke Schwäbisch Hall e.a./Commissie, C 176/06 P, niet gepubliceerd, EU:C:2007:730, punt 17).

29 Aangaande het onderzoek ten gronde van het eerste middel door het Gerecht, verwijt het EUIPO het Gerecht in wezen dat het de in punt 48 van het bestreden arrest bedoelde rechtspraak van het Hof onjuist heeft toegepast en dat het in punt 53 van dat arrest ten onrechte heeft geoordeeld dat het EUIPO op onrechtmatige wijze wegingsfactoren van de subcriteria binnen het eerste gunningscriterium had ingevoerd.

30 Vastgesteld zij dat dienaangaande in het bestreden arrest blijkt wordt gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

31 Het is zo dat de beginselen van gelijke behandeling en transparantie van de aanbestedingsprocedures voor de aanbestedende diensten de verplichting inhouden de gunningscriteria gedurende de gehele procedure op dezelfde wijze uit te leggen (arresten van 18 oktober 2001, SIAC Construction, C 19/00, EU:C:2001:553, punt 43, en 18 no-

vember 2010, Commissie/Ierland, C 226/09, EU:C:2010:697, punt 59en aldaar aangehaalde rechtspraak).

32 Derhalve kan een aanbestedende dienst geen wegingsregels of subcriteria voor de gunningscriteria toepassen die hij niet vooraf ter kennis van de inschrijvers heeft gebracht (arrest van 24 januari 2008, Lianakis e.a., C 532/06, EU:C:2008:40, punt 38).

33 Niettemin kan een aanbestedende dienst na het verstrijken van de termijn voor het indienen van de inschrijvingen wegingscoëfficiënten voor de subcriteria vaststellen die in wezen aansluiten op de criteria die vooraf ter kennis zijn gebracht van de inschrijvers. Deze vaststelling achteraf moet evenwel voldoen aan drie voorwaarden, namelijk, ten eerste, dat deze geen wijziging brengt in de in het bestek of de aankondiging van de opdracht omschreven criteria voor de gunning van de opdracht, ten tweede, dat deze geen elementen bevat die, indien zij bij de voorbereiding van de inschrijvingen bekend waren geweest, deze voorbereiding hadden kunnen beïnvloeden, en, ten derde, dat daarbij geen elementen in aanmerking zijn genomen die discriminerend kunnen werken jegens een van de inschrijvers (zie in die zin arresten van 24 november 2005, ATI EAC e Viaggi di Maio e.a., C 331/04, EU:C:2005:718, punt 32; 21 juli 2011, Evropaiki Dynamiki/EMSA, C 252/10 P, niet gepubliceerd, EU:C:2011:512, punten 32 en 33, en 14 juli 2016, TNS Dimarso, C 6/15, EU:C:2016:555, punt 26).

34 In casu hadden de omstreden vaststellingen betrekking op de invoering van een weging van subcriteria binnen een van de gunningscriteria, waarin het bestek niet voorzag en die evenmin vooraf aan de inschrijvers ter kennis was gebracht, hetgeen het EUIPO niet betwist. Gelet op het voorgaande, kon het Gerecht niet op goede gronden constateren dat het beginsel van gelijke kansen en het transparantiebeginsel waren geschonden zonder dat het vooraf had onderzocht of voor hem was aangevoerd en bewezen dat niet was voldaan aan deze drie voorwaarden.

35 Aangezien het Gerecht, alvorens de tweede grief van het tweede middel van het beroep in eerste aanleg gegrond te verklaren, niet heeft onderzocht of in casu was voldaan aan deze drie in de rechtspraak van het Hof ontwikkelde voorwaarden, dient het eerste middel in hogere voorziening te worden aanvaard, zonder dat een onderzoek hoeft te worden verricht naar de gegrondheid van

het argument van het EUIPO, dat het Gerecht zijn motiveringsplicht niet is nagekomen bij de vaststelling dat het beginsel van gelijke kansen en het transparantiebeginsel waren geschonden als gevolg van de invoering van factoren voor de beoordeling van de betrokken subcriteria.

36 Nu in de in punt 53 van het bestreden arrest vermelde grond blijkt wordt gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, dient te worden opgemerkt dat – zoals de advocaat-generaal in punt 49 van zijn conclusie heeft aangegeven – in het bestreden arrest bijgevolg ook blijkt wordt gegeven van een andere onjuiste rechtsopvatting, doordat het Gerecht met de aanvaarding van de negende grief van het eerste onderdeel van het derde middel van het beroep in eerste aanleg, een kennelijke beoordelingsfout met betrekking tot het betrokken eerste gunningscriterium heeft vastgesteld. Omdat niet kan worden gesteund op die grond, zijn de punten 91 en 96 van dat arrest immers niet gemotiveerd. Een dergelijke ontoereikende motivering vormt een middel van openbare orde dat ambtshalve moet worden opgeworpen (zie in die zin arrest van 11 april 2013, *Mindo/Commissie*, C 652/11 P, EU:C:2013:229, punt 30 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

Tweede middel en tweede onderdeel van het derde middel

37 Het tweede middel en het tweede onderdeel van het derde middel van het EUIPO dienen samen te worden behandeld.

Argumenten van partijen

38 Met zijn tweede middel voert het EUIPO aan dat het Gerecht blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in punt 136 van het bestreden arrest, gelezen in samenhang met punt 121 daarvan, te beslissen dat de kennelijke beoordelingsfouten, die het in de punten 91, 95, 96 en 97 tot en met 103 van dat arrest had vastgesteld, de nietigverklaring van het litigieuze besluit verantwoordden. Het voert aan dat uit de rechtspraak van het Gerecht zelf blijkt dat het aan de verzoeker staat om aan te tonen dat een kennelijke beoordelingsfout gevolgen heeft gehad voor het eindresultaat van de gunningsprocedure, hetgeen het Gerecht dus moest onderzoeken. Volgens het EUIPO heeft deze rechtspraak weliswaar betrekking op een ontoereikende motivering, maar is deze ook van toepassing op kennelijk onjuiste beoordelingen.

39 Bijgevolg had het Gerecht moeten onderzoeken of de kennelijk onjuiste beoordelingen van het eerste en het tweede gunningscriterium voor de evaluatie van de inschrijving van *European Dynamics Luxembourg* de uitkomst van de betrokken gunningsprocedure al dan niet wezenlijk hebben gewijzigd en dus of het litigieuze besluit al dan niet nietig moest worden verklaard. Volgens het EUIPO heeft het Gerecht echter niet onderzocht of deze inschrijving, bij gebreke van deze onjuiste beoordelingen, als eerste of als tweede had kunnen worden gerangschikt in het cascadesysteem. Door te oordelen dat de beweerde onjuiste beoordelingen een voldoende grond waren om het litigieuze besluit nietig te verklaren, heeft het Gerecht dus blijkt gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

40 Wat betreft de in punt 103 van het bestreden arrest vastgestelde kennelijk onjuiste beoordeling met betrekking tot het tweede gunningscriterium, verwijt het EUIPO het Gerecht in wezen dat het niet is nagegaan of deze fout invloed had op de uitkomst van het litigieuze besluit, door te onderzoeken of de evaluatie van de gunningscriteria waarvoor geen sprake was van een onjuiste rechtsopvatting, op zich volstond om de rangschikking van de inschrijving van *European Dynamics Luxembourg* te rechtvaardigen.

41 Met het tweede onderdeel van zijn derde middel verwijt het EUIPO het Gerecht in wezen dat het het litigieuze besluit nietig heeft verklaard zonder te zijn nagegaan of de ontoereikende motiveringen, op zich of in combinatie met de eveneens vermelde kennelijke beoordelingsfouten, volstonden om de uitkomst van dit besluit te wijzigen.

42 Ter ondersteuning van zijn tweede middel en het tweede onderdeel van zijn derde middel, beroept het EUIPO zich op twee arresten van het Gerecht.

43 Ten eerste stelt het EUIPO dat wanneer het Gerecht een ontoereikende motivering met betrekking tot een gunningsbesluit vaststelt, dit besluit slechts om die reden nietig kan worden verklaard voor zover de andere onderdelen van dit besluit, die niet ontoereikend zijn gemotiveerd, niet volstaan om het te rechtvaardigen (arrest van 10 april 2014, *Evropaïki Dynamiki/Commissie*, T 340/09, niet gepubliceerd, EU:T:2014:208, punten 115 en 116). Volgens het EUIPO moet de in dit arrest ontwikkelde aanpak naar analogie worden toegepast wanneer het Gerecht een kennelijke beoordelingsfout in een gunningsbesluit vaststelt.

44 Ten tweede voert het EUIPO aan dat wanneer de in het kader van een bepaald gunningscriterium aan een inschrijving toegekende score op verschillende negatieve commentaren is gebaseerd, waarvan er een of verschillende blijken geven van een kennelijk onjuiste beoordeling, die score en de evaluatie die de basis ervan vormt, niet door een dergelijke fout worden ontkracht als die score ook steunt op commentaren die vrij zijn van kennelijk onjuiste beoordelingen (arrest van 26 september 2014, *Evropaïki Dynamiki/Commissie*, T 498/11, niet gepubliceerd, EU:T:2014:831, punten 196 en 197).

45 Volgens het EUIPO waren de scores voor het eerste en het tweede gunningscriterium in casu niet gebaseerd op één, maar op meerdere negatieve en positieve commentaren, waarvan het Gerecht heeft geoordeeld dat daarbij geen kennelijke beoordelingsfout was gemaakt of die niet zijn onderzocht, aangezien het beroep daarop geen betrekking had. Volgens het EUIPO had het Gerecht bijgevolg moeten nagaan of deze andere commentaren op zich niet volstonden ter rechtvaardiging van de score die de aanbestedende dienst aan het betrokken gunningscriterium had gegeven.

46 Met het tweede onderdeel van zijn derde middel stelt het EUIPO dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door het litigieuze besluit nietig te verklaren zonder te zijn nagegaan of de in de punten 86, 89, 95, 134 en 135 van het bestreden arrest vastgestelde motiveringsgebreken, op zich of in combinatie met de eveneens vermelde kennelijke beoordelingsfouten, volstonden om het eindresultaat van de gunningsprocedure daadwerkelijk te wijzigen.

47 Volgens *European Dynamics Luxembourg* e.a. zijn het tweede middel en het tweede onderdeel van het derde middel van het EUIPO ongegrond.
Beoordeling door het Hof

48 Wat het tweede middel betreft, zij om te beginnen vastgesteld dat de gevolgen van een kennelijk onjuiste beoordeling van het eerste beoordelingscriterium niet hoeven te worden onderzocht, aangezien uit het onderzoek van het eerste middel in hogere voorziening voortvloeit dat het Gerecht deze fout niet had mogen vaststellen.

49 Aangaande het argument dat het Gerecht geen rekening heeft gehouden met de gevolgen van de motiveringsgebreken van het gunningsbesluit en van de in punt 103 van het bestreden arrest vastgestelde kennelijk onjuiste beoordeling inzake het

tweede gunningscriterium voor de geldigheid van het gunningsbesluit, dient te worden opgemerkt dat een ontoereikende motivering of een kennelijk onjuiste beoordeling met betrekking tot een gunningscriterium de nietigverklaring van een gunningsbesluit niet rechtvaardigt wanneer dit besluit andere elementen bevat die op zich volstaan als rechtsgrondslag.

50 In dat geval zijn de middelen inzake deze onregelmatigheden niet ter zake dienend (zie naar analogie arresten van 12 juli 2001, *Commissie en Frankrijk/TF1*, C 302/99 P en C 308/99 P, EU:C:2001:408, punt 27, en 26 april 2007, *Alcon/BHIM*, C 412/05 P, EU:C:2007:252, punt 41).

51 Dienaangaande zij vastgesteld dat het EUIPO zich er met zijn tweede middel en het tweede onderdeel van zijn derde middel toe beperkt te stellen dat het Gerecht zijn eigen rechtspraak onjuist heeft toegepast en dat de onregelmatigheden die het heeft vastgesteld de uitkomst van het litigieuze besluit niet zouden hebben gewijzigd.

52 Inzonderheid verduidelijkt noch bewijst het EUIPO dat het gunningsbesluit in casu voor *European Dynamics Luxembourg* niet gunstiger had kunnen zijn zonder de verschillende door het Gerecht vastgestelde onregelmatigheden.

53 In deze omstandigheden heeft het EUIPO geen gegronde redenen om het Gerecht te verwijten dat het niet heeft onderzocht of de onjuiste beoordeling met betrekking tot het tweede gunningscriterium en de motiveringsgebreken die het heeft vastgesteld met betrekking tot het gunningsbesluit een weerslag konden hebben op het dispositief van dit besluit.

54 Bijgevolg moeten het tweede middel en het tweede onderdeel van het derde middel van het EUIPO worden afgewezen.

Eerste en derde onderdeel van het derde middel

Eerste onderdeel van het derde middel

– Argumenten van partijen

55 Met het eerste onderdeel van dit middel voert het EUIPO aan dat het Gerecht de omvang van de motiveringsplicht die volgens artikel 100, lid 2, van het Financieel Reglement op de aanbestedende overheid rust, onjuist heeft opgevat. Door elk van de commentaren van het evaluatiecomité afzonderlijk te onderzoeken, zonder rekening te houden met de ruimere context van de evaluatie waarvan zij deel uitmaken, heeft het Gerecht aan deze verplichting een striktere inhoud gegeven dan het Hof heeft vastgesteld in punt 21 van het arrest van 4 oktober 2012, *Evropaïki Dynamiki*

ki/Commissie (C 629/11 P, niet gepubliceerd, EU:C:2012:617), bedoeld in punt 129 van het bestreden arrest. Volgens deze rechtspraak is de aanbestedende dienst niet verplicht de inschrijver wiens offerte niet is gekozen, een nauwkeurige samenvatting te verstrekken van de wijze waarop elk detail van zijn offerte in aanmerking is genomen, en evenmin een zorgvuldige vergelijkende analyse van de offerte van laatstgenoemde en de gekozen offerte.

56 European Dynamics Luxembourg e.a. voeren aan dat dit onderdeel van het derde middel ongegrond is.

– *Beoordeling door het Hof*

57 Wat betreft het eerste onderdeel van het derde middel in hogere voorziening dient te worden onderzocht of het Gerecht met de respectievelijk in de punten 81 tot en met 86, 87 tot en met 89 en 90 tot en met 95 van het bestreden arrest vermelde gronden geen strengere vereisten heeft toegepast dan die welke voortvloeien uit het arrest van 4 oktober 2012, *Evropaïki Dynamiki/Commissie* (C 629/11 P, niet gepubliceerd, EU:C:2012:617).

58 In herinnering moet worden gebracht dat het Hof in de punten 20 tot en met 22 van dat arrest in wezen heeft geoordeeld dat artikel 100, lid 2, eerste alinea, van het Financieel Reglement bepaalt dat de aanbestedende dienst aan elke afgewezen gegadigde of inschrijver de redenen mededeelt waarom zijn inschrijving of offerte niet in aanmerking werd genomen, en elke inschrijver die een geldige offerte heeft ingediend op zijn schriftelijk verzoek in kennis stelt van de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte en van de naam van degene aan wie de opdracht werd gegund. Van de aanbestedende dienst kan echter niet worden geëist dat hij aan een inschrijver wiens offerte niet is gekozen, naast de redenen voor de afwijzing van zijn offerte, een nauwkeurige samenvatting verstrekt van de wijze waarop elk detail van zijn offerte bij de evaluatie ervan in aanmerking is genomen, en dat hij bij de mededeling van de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte, een zorgvuldige vergelijkende analyse van deze offerte en de offerte van de afgewezen inschrijver verschaft. De aanbestedende dienst is evenmin verplicht om een afgewezen inschrijver op diens schriftelijk verzoek een volledige kopie van het evaluatierapport te bezorgen.

59 Bovendien moet de door artikel 296, tweede alinea, VWEU vereiste motivering worden beoordeeld in het licht van de omstandigheden van het geval, met name de inhoud van de handeling en de aard van de redengeving. Het is niet noodzakelijk dat alle relevante gegevens feitelijk en rechtens in de motivering worden gespecificeerd, aangezien bij de vraag of de motivering van een handeling aan de vereisten van artikel 296 VWEU voldoet, niet alleen acht moet worden geslagen op de bewoordingen van die handeling, maar ook op de context en op het geheel van rechtsregels die de betrokken materie beheersen (zie in die zin arrest van 12 september 2017, *Anagnostakis/Commissie*, C 589/15 P, EU:C:2017:663, punt 29 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

60 Allereerst hoeft de door het EUIPO geformuleerde kritiek op de redenering in de punten 90 tot en met 95 van het bestreden arrest, met betrekking tot het onderzoek van de negende grief van het eerste onderdeel van het derde middel van het beroep in eerste aanleg, niet te worden onderzocht.

61 In punt 36 van het onderhavige arrest is immers geoordeeld dat in de punten 48 tot en met 55 van het bestreden arrest blijkt is gegeven van een onjuiste rechtsopvatting en dat de grondslag voor de punten 91 en 96 van het bestreden arrest wegvalt nu deze niet op genoemde punten kunnen worden gebaseerd. Bijgevolg is in punt 36 van het onderhavige arrest geoordeeld dat in het bestreden arrest blijkt wordt gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, doordat het Gerecht de negende grief van het eerste onderdeel van het derde middel van het beroep in eerste aanleg heeft toegewezen, nadat het met betrekking tot het betrokken eerste gunningscriterium een kennelijk onjuiste beoordeling had vastgesteld.

62 Vervolgens zij er met betrekking tot de overwegingen in de punten 81 tot en met 86 van het bestreden arrest aan herinnerd dat European Dynamics Luxembourg e.a. met de zesde grief van het eerste onderdeel van het derde middel van het beroep in eerste aanleg zijn opgekomen tegen de beoordeling van het EUIPO dat niet voor elk van de projecten een programmabeheerder, een hoofdprojectbeheerder en een projectbeheerder nodig was.

63 Het Gerecht heeft na afloop van het onderzoek van deze grief, in de punten 85 en 86 van het bestreden arrest overwogen dat moet worden vastgesteld dat op dit punt sprake is van een ontoerei-

kende motivering in de zin van artikel 296, tweede alinea, VWEU, gelezen in samenhang met artikel 100, lid 2, van het Financieel Reglement, ermee rekening houdend dat het bestek onvoldoende nauwkeurig was en dat het oordeel van het evaluatiecomité beknopt en vaag was, zodat niet kan worden nagegaan of de kritiek van het EUIPO op het opnemen van een hoofdprojectbeheerder en een projectbeheerder in de inschrijving van European Dynamics Luxembourg, plausibel was. 64 Het EUIPO expliciteert echter niet hoe het Gerecht om tot een dergelijke vaststelling te komen, een striktere toetsing heeft toegepast dan de toetsing die voortvloeit uit de in de punten 57 tot en met 59 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak.

65 Ten slotte heeft het Gerecht, in het kader van de redenering in de punten 87 tot en met 89 van het bestreden arrest, met betrekking tot het onderzoek van de achtste grief van het eerste onderdeel van het derde middel in eerste aanleg, in punt 88 van het bestreden arrest overwogen dat de laatste commentaar van het evaluatiecomité, dat „[d]e hele offerte zeer operationeel in plaats van strategisch van inslag is en focust op een ander type projectmanager dan het [EUIPO] voor ogen heeft”, onbegrijpelijk was en dat inzonderheid de verklaring dat het EUIPO een „ander type projectmanager” voor ogen had een vage en bijgevolg onverifieerbare kritiek vormde.

66 Dienaangaande kan worden volstaan met de opmerking, ten eerste, dat het EUIPO niet betwist dat het in de procedure bij het Gerecht ter zake slechts één argument heeft aangevoerd, zoals blijkt uit punt 88 van het bestreden arrest.

67 Ten tweede betwist het EUIPO evenmin de vaststellingen van het Gerecht dat het bestek geen voldoende duidelijke en nauwkeurige criteria bevat en dat de oordelen van het evaluatiecomité beknopt en vaag zijn.

68 Voor het Hof is dus niet aangetoond dat het Gerecht blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

69 Zoals de advocaat-generaal in de punten 77 en 78 van zijn conclusie opmerkt, doen de elementen die zijn verstrekt ter ondersteuning van de onderhavige hogere voorziening niet af aan het feit dat het Gerecht de in het verzoekschrift in eerste aanleg betwiste commentaren van het evaluatiecomité zowel afzonderlijk als in de volledige context van de evaluatie van de betrokken inschrijving heeft onderzocht, en dat het Gerecht niet van het

EUIPO heeft verlangd dat het een nauwkeurige samenvatting verstrekke van de wijze waarop elk detail van die inschrijving in aanmerking was genomen, en evenmin een zorgvuldige vergelijkende analyse van die inschrijving en de beter gerangschikte inschrijvingen.

70 In die omstandigheden moet het eerste onderdeel van het derde middel in hogere voorziening ongegrond worden verklaard.

Derde onderdeel van het derde middel

– Argumenten van partijen

71 Met het derde onderdeel van zijn derde middel voert het EUIPO aan dat het bestreden arrest een tegenstrijdigheid bevat voor zover, enerzijds, het Gerecht in het kader van het onderzoek van het derde middel van het beroep tot nietigverklaring, in de punten 112 tot en met 115 en 121 van dat arrest geen enkele kennelijke beoordelingsfout heeft vastgesteld, en evenmin een motiveringsgebrek dat de evaluatie van de inschrijving van European Dynamics Luxembourg in het kader van het vierde gunningscriterium aantast en, anderzijds, het Gerecht na het onderzoek van het eerste middel van dit beroep, in de punten 134 en 135 van dat arrest heeft geoordeeld dat het niet in staat was ten gronde een rechtmatigheidstoetsing van het litigieuze besluit te verrichten wat deze evaluatie betreft, en dat besluit derhalve een kennelijke beoordelingsfout bevatte.

72 Volgens European Dynamics Luxembourg e.a. is dit onderdeel van het derde middel ongegrond. *– Beoordeling door het Hof*

73 Het is juist dat het Gerecht in de eerste zin van punt 134 van het bestreden arrest het vierde gunningscriterium vermeldt, terwijl het in de punten 112 tot en met 115 en 121 van dat arrest heeft geoordeeld dat het EUIPO dienaangaande geen beoordelingsfout had gemaakt.

74 De punten 134 en 135 van het bestreden arrest bevatten echter alleen een conclusie gebaseerd op de punten 81 tot en met 86, 87 tot en met 89 en 90 tot en met 95 van het bestreden arrest, die betrekking hebben op het onderzoek van de grieven die verband houden met het eerste gunningscriterium.

75 Bijgevolg heeft de grief van het EUIPO inzake de redenering van het Gerecht in de punten 112 tot en met 115 en 121 van het bestreden arrest enerzijds, en in de punten 134 en 135 van dat arrest anderzijds, geen weerslag op het dictum van

dat arrest, zodat het derde onderdeel van het derde middel niet ter zake dienend moet worden geacht.

76 Hieruit volgt dat het eerste en het derde onderdeel van het derde middel moeten worden afgewezen.

Vierde middel

Argumenten van partijen

77 Met het eerste onderdeel van zijn vierde middel voert het EUIPO aan dat een van de noodzakelijke voorwaarden voor de niet contractuele aansprakelijkheid van de Unie in casu niet is vervuld, omdat de vaststelling dat het litigieuze besluit onrechtmatigheden bevat, berust op onjuiste rechtsopvattingen waarvan het Gerecht blijkt heeft gegeven. Het Gerecht heeft de niet contractuele aansprakelijkheid van de Unie dus ten onrechte vastgesteld.

78 Subsidiair voert het EUIPO aan dat indien het bestreden arrest alleen wordt vernietigd voor zover het Gerecht heeft geoordeeld dat het beginsel van gelijke kansen en het transparantiebeginsel zijn geschonden, het Hof dat arrest eveneens moet vernietigen wat de vergoeding van de beweerde schade van European Dynamics Luxembourg e.a. betreft. Ten eerste, zoals blijkt uit de punten 142 en 143 van het bestreden arrest, bestaat er immers geen causaal verband tussen de door het Gerecht vastgestelde motiveringsgebreken en deze beweerde schade. Ten tweede heeft het Gerecht, voor zover het de impact van de in de punten 91 en 102 van het bestreden arrest vastgestelde kennelijke beoordelingsfouten op het eindresultaat van de gunningsprocedure niet heeft onderzocht, de in punt 144 van dat arrest geformuleerde conclusie, dat er een causaal verband tussen deze fouten en deze schade bestaat, ontoereikend gemotiveerd.

79 Met het tweede onderdeel van zijn vierde middel voert het EUIPO aan dat het bestreden arrest ontoereikend is gemotiveerd voor zover het een tegenstrijdigheid bevat tussen, enerzijds, de in de punten 144, 146 en 150 van dat arrest uiteengezette overwegingen en, anderzijds, punt 2 van het dictum van dat arrest. Hoewel in die overwegingen de door European Dynamics Luxembourg geleden schade wordt omschreven als het verlies van een kans om als eerste of tweede in het cascadesysteem te worden gerangschikt, wordt de Unie in het dictum immers veroordeeld tot vergoeding van de schade die werd geleden wegens het verlies van een kans op gunning van de raamovereenkomst als eerste contractant.

80 Met het derde onderdeel van zijn vierde middel voert het EUIPO aan dat punt 2 van het dictum van het bestreden arrest een materiële fout bevat, voor zover het niet het EUIPO, maar de Unie veroordeelt tot vergoeding van de door European Dynamics Luxembourg geleden schade. Volgens artikel 115 en artikel 118, lid 3, van verordening nr. 207/2009 had een dergelijke veroordeling echter jegens het EUIPO moeten zijn uitgesproken.

81 European Dynamics Luxembourg e.a. stellen allereerst dat in het bestreden arrest rechtens genoegzaam is vastgesteld dat de voorwaarden volgens welke de Unie aansprakelijk kan worden gesteld, waren vervuld. Vervolgens verklaren zij dat er geen tegenstrijdigheid bestaat tussen, enerzijds, de punten 144, 146 en 150 van het bestreden arrest en, anderzijds, het tweede punt van het dictum ervan, aangezien voor de vergoeding van de schade die zij hebben geleden wegens het verlies van een kans, rekening moet worden gehouden met de volledige draagwijdte die dit verlies van een kans zou kunnen hebben, namelijk de kans voor European Dynamics Luxembourg om de eerste contractant in het cascadesysteem te zijn. Ten slotte is de verwijzing naar de Unie in punt 2 van het dictum van het bestreden arrest niet onjuist, aangezien de Unie in het algemeen aansprakelijk is voor de onrechtmatige gedragingen van haar instellingen en organen.

Beoordeling door het Hof

82 In de eerste plaats dient het argument te worden onderzocht dat het EUIPO subsidiair heeft aangevoerd in het kader van het eerste onderdeel van zijn vierde middel.

83 Met zijn argument voert het EUIPO in wezen aan dat in het bestreden arrest is aangetoond noch gemotiveerd dat een causaal verband bestaat tussen de door het Gerecht vastgestelde kennelijk onjuiste beoordelingen met betrekking tot het tweede gunningscriterium en de schade die European Dynamics Luxembourg heeft geleden door het verlies van een kans.

84 Dit argument moet in de omstandigheden van het onderhavige geval gegrond worden geacht.

85 Immers, ten eerste, zoals in punt 36 van het onderhavige arrest is vastgesteld, wordt in de punten 53, 91 en 96 van het bestreden arrest blijkt gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, zodat het Gerecht ten aanzien van het eerste gunningscriterium geen enkele onrechtmatigheid heeft vastgesteld die voortvloeit uit schending van het

beginsel van gelijke kansen en het transparantiebeginsel, en evenmin uit een kennelijk onjuiste beoordeling.

86 Ten tweede heeft het Gerecht in punt 143 van het bestreden arrest geoordeeld dat niet is kunnen worden vastgesteld dat sprake was van een causaal verband tussen de motiveringsgebreken die het had vastgesteld en de door European Dynamics Luxembourg e.a. gestelde schade.

87 Bijgevolg zou voor de aansprakelijkheid van de Unie vereist zijn dat er een causaal verband bestaat tussen de enige, in punt 102 van dat arrest vastgestelde, materiële onrechtmatigheid in de evaluatie van de inschrijving van European Dynamics Luxembourg, en het verlies van een kans.

88 In het bestreden arrest stelt het Gerecht het bestaan van dit causaal verband echter niet rechtens genoegzaam vast. Het Gerecht heeft met name niet vastgesteld of en in hoeverre European Dynamics Luxembourg, gelet op de feiten van de onderhavige zaak en bij gebreke van fouten door het EUIPO, als eerste zou zijn gerangschikt en de betrokken opdracht zou hebben gekregen.

89 Daaruit volgt dat aangezien niet is voldaan aan een van de noodzakelijke voorwaarden voor de niet contractuele aansprakelijkheid van de Unie, het Gerecht het verzoek van European Dynamics Luxembourg e.a. om schadevergoeding niet had mogen toewijzen.

90 Het eerste onderdeel van het vierde middel van het EUIPO is derhalve gegrond.

91 Aangezien dit onderdeel van het vierde middel gegrond is, hoeven het tweede en het derde onderdeel ervan niet te worden onderzocht.

Gedeeltelijke vernietiging van het bestreden arrest

92 Uit al deze overwegingen volgt dat in het bestreden arrest in de punten 53, 91 en 96 blijkt wordt gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, voor zover het Gerecht de tweede grief van het tweede middel van het in eerste aanleg ingestelde beroep, inzake het eerste gunningscriterium, en de negende grief van het eerste onderdeel van het derde middel van dat beroep, inzake datzelfde gunningscriterium, heeft aanvaard.

93 Zoals blijkt uit punt 136 van het bestreden arrest heeft het Gerecht de nietigverklaring van het litigieuze besluit, in punt 1 van het dictum van dat arrest, gerechtvaardigd op basis van alle onregelmatigheden die het heeft vastgesteld, die de evaluatie van de betrokken inschrijving met betrekking tot het eerste en het tweede gunningscri-

terium aantasten. Ook al kunnen de vaststellingen van het Gerecht in de punten 53, 91 en 96 van het bestreden arrest de nietigverklaring van het litigieuze besluit niet rechtvaardigen, de onregelmatigheden die het Gerecht in de punten 86, 89, 95, 102 en 135 van het bestreden arrest heeft vastgesteld volstaan evenwel ter rechtvaardiging van de nietigverklaring van dit besluit door het Gerecht, zoals de advocaat-generaal in punt 111 van zijn conclusie heeft opgemerkt. Om die reden hoeft punt 1 van het dictum van het bestreden arrest niet te worden vernietigd.

94 Punt 2 van het dictum van het bestreden arrest, waarin de Unie wordt veroordeeld tot vergoeding van de schade die European Dynamics Luxembourg heeft geleden wegens het verlies van een kans op gunning van de betrokken overeenkomst als eerste contractant in het cascadesysteem, dient daarentegen te worden vernietigd, aangezien het eerste onderdeel van het vierde middel gegrond is verklaard.

95 Gelet op de vernietiging van punt 2 van het dictum van het bestreden arrest, moeten de punten 4 en 5 van het dictum, met betrekking tot het becijferde bedrag van de vergoeding, ook worden vernietigd.

96 In deze omstandigheden moet punt 6 van het dictum van het bestreden arrest, inzake de kosten, ook worden vernietigd.

Beroep bij het Gerecht

97 Ingevolge artikel 61, eerste alinea, tweede zin, van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie kan het Hof in geval van vernietiging van de beslissing van het Gerecht de zaak zelf afdoen wanneer deze in staat van wijzen is.

98 Dit is het geval in de onderhavige zaak. Het door European Dynamics Luxembourg e.a. in het kader van dit beroep ingediende verzoek om schadevergoeding, dat strekt tot vergoeding van de schade die zij zouden hebben geleden wegens het verlies van een kans voor European Dynamics Luxembourg op gunning van de raamovereenkomst als eerste contractant in het cascadesysteem, dient bijgevolg te worden onderzocht.

99 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak van het Hof voor de niet-contractuele aansprakelijkheid van het EUIPO moet zijn voldaan aan een reeks voorwaarden, namelijk de onrechtmatigheid van de gedraging ervan, het daadwerkelijk bestaan van schade en een causaal verband tussen de aangevoerde gedraging en de gestelde schade (zie in die zin arrest van 10 juli

2014, Nikolaou/Rekenkamer, C 220/13 P, EU:C:2014:2057, punt 52en aldaar aangehaalde rechtspraak). Evenzo blijkt uit de rechtspraak van het Hof dat de Unie slechts niet-contractueel aansprakelijk kan zijn indien de schade reëel en zeker is en een voldoende rechtstreeks gevolg is van het onrechtmatige gedrag van de instellingen (arrest van 30 mei 2017, Safa Nicu Sepahan/Raad, C 45/15 P, EU:C:2017:402, punt 61en aldaar aangehaalde rechtspraak).

100 In ieder geval staat het volgens vaste rechtspraak van het Hof aan de partij die zich op de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie beroept, om overtuigend bewijs over te leggen betreffende het bestaan en de omvang van de gestelde schade, alsmede betreffende het bestaan van een voldoende rechtstreeks oorzakelijk verband tussen de gedraging van de betrokken instelling en de gestelde schade (arrest van 30 mei 2017, Safa Nicu Sepahan/Raad, C 45/15 P, EU:C:2017:402, punt 62en aldaar aangehaalde rechtspraak).

101 Dienaangaande zij vastgesteld dat bij de lezing van het bij het Gerecht ingediende verzoekschrift blijkt dat dit kennelijk niet voldoet aan de door die rechtspraak gestelde eisen. European Dynamics Luxembourg e.a. hebben immers, onder meer, schadeloosstelling geëist voor het geraamde brutovoordel dat European Dynamics Luxembourg had kunnen verkrijgen indien de betrokken opdracht haar was gegund, terwijl zij zich hebben beperkt tot louter de verklaring dat „de gunning van de betrokken opdrachten deze laatste op onherstelbare wijze was geweigerd”. Zij hebben echter niet gestaafd of en in hoeverre European Dynamics Luxembourg, gelet op de feiten van de onderhavige zaak en bij gebreke van fouten door het EUIPO, als eerste zou zijn gerangschikt en de betrokken opdracht zou hebben gekregen. Zij hebben dus noch het daadwerkelijke bestaan van schade noch het causale verband tussen de verweeten gedraging en de gestelde schade aangetoond. 102 Hoe dan ook kan een dergelijk verzoek om schadevergoeding alleen zijn gesteund op de in punt 102 van het bestreden arrest vastgestelde onrechtmatigheid van het EUIPO bij de evaluatie van het tweede gunningscriterium. Ook al had de inschrijving van European Dynamics Luxembourg voor dit tweede gunningscriterium alle beschikbare punten behaald, deze zou niet als beste zijn gerangschikt. Zelfs als deze inschrijving de voor het tweede gunningscriterium toe te kennen maxi-

mumscore had ontvangen, zou deze immers een lagere eindscore hebben behaald dan de als eerste en als tweede gerangschikte inschrijvingen.

103 In deze omstandigheden wordt het door European Dynamics Luxembourg e.a. ingediende verzoek om schadevergoeding afgewezen.

Kosten

104 Volgens artikel 184, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof beslist het Hof over de kosten wanneer de hogere voorziening ongegrond is of wanneer het Hof, bij gegrondheid ervan, de zaak zelf afdoet.

105 Ingevolge artikel 138, lid 1, van dit Reglement, dat op grond van artikel 184, lid 1, ervan van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, moet de in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten, voor zover dit is gevorderd. Ingevolge artikel 138, lid 3, van dit Reglement draagt elke partij haar eigen kosten, indien zij onderscheidenlijk op een of meer punten in het ongelijk worden gesteld.

106 Aangezien de hogere voorziening van het EUIPO gedeeltelijk wordt toegewezen en gedeeltelijk wordt afgewezen, dienen het EUIPO en European Dynamics Luxembourg e.a. te worden verwezen in hun eigen kosten betreffende de onderhavige hogere voorziening.

107 Wat betreft de kosten in eerste aanleg, dienen European Dynamics Luxembourg e.a. en het EUIPO, aangezien het beroep gedeeltelijk wordt toegewezen en gedeeltelijk wordt verworpen, eveneens te worden verwezen in hun eigen kosten.

Het Hof (Vierde kamer) verklaart:

1) Het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 7 oktober 2015, European Dynamics Luxembourg e.a./BHIM (T 299/11, EU:T:2015:757), wordt vernietigd voor zover daarin

– in punt 2 van het dictum de Europese Unie wordt veroordeeld tot vergoeding van de schade die European Dynamics Luxembourg heeft geleden door het verlies van een kans om als eerste contractant in het cascadesysteem de raamovereenkomst toegewezen te krijgen, en

– in de punten 4 en 5 van het dictum wordt beslist dat partijen het Gerecht het in onderlinge overeenstemming becijferde bedrag van de vergoeding zullen meedelen, of, bij ontbreken van deze overeenstemming, hun berekeningen aan het Gerecht zullen toezenden.

- 2) De hogere voorziening wordt afgewezen voor het overige.
- 3) Het verzoek om schadevergoeding van European Dynamics Luxembourg SA, Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE en European Dynamics Belgium SA in zaak T 299/11 wordt afgewezen.
- 4) Het Bureau voor intellectuele eigendom van de Europese Unie (EUIPO), alsook European Dynamics Luxembourg SA, Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE en European Dynamics Belgium SA dragen hun eigen kosten in het kader van de hogere voorziening en de procedure in eerste aanleg.

35

Gerechtshof Den Haag
 19 december 2017, nr. 200.222.062/01,
 ECLI:NL:GHDHA:2017:3549
 (mr. Van der Helm, mr. Burg, mr.
 Wiggers-Rust)
 Noot mr. A.B.B. Gelderman en mr. L.J. Vermeulen

Ingrijpen in gesloten overeenkomst. Sociale en andere specifieke diensten. Motivering gunningsbeslissing.

[Aanbestedingswet 2012 art. 2.38, 2.130, 4.15]

Het Centraal Justitieel Incassobureau (hierna: het CJIB) int vorderingen van verschillende organisaties/onderdelen van de Rijksoverheid. In het kader van het uitvoeringsprogramma Compacte Rijksdienst is besloten om de gerechtsdeurwaarderstrategieën 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 aanbestedingsproce-

dure is naar aanleiding van vijf afzonderlijke kort gedingen op last van de voorzieningenrechter in de rechtbank Den Haag ingetrokken (vonnissen uitgesproken op 3 september 2015).

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

Tegen de opzet van de aanbesteding zijn twee kort gedingen aanhangig gemaakt. In beide gedingen zijn bij vonnis van 12 januari 2017 de bezwaren van de eiseres(sen) in die procedures van de hand gewezen en de ingestelde vorderingen afgewezen. Tegen deze vonnissen is geen hoger beroep ingesteld. In de zevende Nota van Inlichtingen heeft de Staat daarop de inschrijftermijn gesteld op 1 februari 2017.

Appellanten hebben tijdig inschrijvingen ingediend voor diverse percelen.

Bij afzonderlijke brieven van 25 april 2017 heeft de Staat appellanten bericht dat zij niet voor gunning in aanmerking komen.

Ingrijpen in gesloten overeenkomst

Het hof neemt tot uitgangspunt dat de Staat inmiddels met de inschrijvers aan wie is gegund overeenkomsten heeft gesloten die thans worden uitgevoerd. Anders dan appellanten ter zitting van het hof hebben aangevoerd, is de aanbestedingsprocedure dus afgerond, zodat er geen ruimte meer is om in de loop van die aanbestedingsprocedure in te grijpen. De vorderingen van appellanten strekken er niet toe dat, zoals door de Hoge Raad in zijn arrest van 18 november 2016 (ECLI:NL:HR:2016:2638) onder de omstandigheden die appellanten aan hun vordering ten grondslag hebben gelegd, nog mogelijk is geacht, wordt ingegrepen in de inmiddels gesloten overeenkomsten. Als juist is dat de gunningsbeslissingen niet zijn gemotiveerd, kunnen appellanten nog een procedure tot vernietiging van de gesloten overeenkomsten beginnen zoals bedoeld in artikel 4.15 Aw, maar dat brengt op voorhand niet mee dat moet worden geoordeeld dat de aanbesteding niet is afgerond. In de situatie waarin niet ook wordt gevorderd dat wordt ingegrepen in de gesloten overeenkomsten, stuiten zowel de primaire als de subsidiaire vordering en de meer subsidiaire vordering strikt genomen op dit gegeven af. Indien de aanbesteding is afgerond en die afgeronde aanbesteding als zodanig niet door de vordering wordt aangevallen, is er immers geen ruimte om een

nieuwe gunningsbeslissing te nemen of om tot herbeoordeling van een inschrijving over te gaan. Een andere conclusie zou ook strijdig zijn met het door artikel 4.15 Aw beoogde evenwicht tussen de belangen van de aanbestedende dienst en de winnende inschrijvers enerzijds en de belangen van de verliezende inschrijver anderzijds.

De vordering van appellanten strekt er mede toe te bewerkstelligen dat appellanten hun positie ten behoeve van een aanhangig te maken bodemprocedure kunnen inschatten. In de onderbouwing van hun grieven stellen appellanten in dit verband onder meer dat zij in staat moeten worden gesteld om de aan andere inschrijvers gegeven scores te beoordelen en dat zij kennis moeten hebben van hun plaats in de rangschikking. De grieven strekken mede daartoe. Het hof begrijpt de vordering tot het verkrijgen van een deugdelijke motivering in het licht hiervan mede aldus dat die ertoe strekt deze doelen van de vordering te verwezenlijken. Hoewel de Staat er terecht op heeft gewezen dat in het algemeen een hoger beroep in een kort geding niet ertoe dient "voor te sorteren" op een bodemprocedure, is het hof van oordeel dat er in dit specifieke geval bij die aldus begrepen vordering een voldoende en spoedeisend belang kan bestaan. Los van de vraag of die vordering kan slagen, zou de kennis die appellanten wensen te verkrijgen, bij de beoordeling van hun kansen in een volgende (bodem)procedure van belang kunnen zijn. Mede in het licht van het belang dat, zoals hierna nog zal worden overwogen, moet worden toegekend aan een deugdelijke motivering, acht het hof in dit geval daarom toch een voldoende en spoedeisend belang bij de (aldus begrepen onderdelen van de) vordering in hoger beroep aanwezig. In het licht van het bovenstaande dient het hof de grieven hoe dan ook te beoordelen, zodat daartoe wordt overgegaan. Het hof zal dit doen met inachtneming van het in appel gevoerde debat en naar de toestand zoals die zich voordoet ten tijde van zijn beslissing in hoger beroep.

Motivering

Appellanten stellen de vraag aan de orde welke motiveringsverplichting er op de Staat rust. Bij de beoordeling van die grief neemt het hof tot uitgangspunt dat de opdracht is aanbesteed volgens de procedure die is voorgeschreven in artikel 2.38 Aw. De voorzieningenrechter heeft dan ook terecht geoordeeld dat artikel 2.130 Aw formeel niet van toepassing is. Dit laat onverlet dat, zoals de voorzieningenrechter ook heeft overwogen, op de aanbestedende dienst de verplichting rust een gunningsbeslissing afdoende te motiveren. De aan

de inschrijvers op grond van de rechtsbeschermingsrichtlijn toekomstige effectieve rechtsbescherming vereist immers dat de gunningsbeslissing transparant gemotiveerd wordt opdat de inschrijver alle relevante informatie ontvangt om te kunnen beoordelen of een in te stellen beroep doeltreffend kan zijn.

Uit de gunningsbeslissingen van 25 april 2017 blijkt dat de Staat appellanten heeft meegedeeld welke score zij op elk van de gunningscriteria hadden behaald, alsmede wat hun eindscore was. Voorts is in de gunningsbeslissingen een opsomming gegeven van de positieve en minder of niet positieve factoren die de scores hebben bepaald en zijn de winnaars van de betreffende percelen, alsmede hun scores op beide gunningscriteria en hun eindscores vermeld.

Met de voorzieningenrechter is het hof van oordeel dat hiermee in algemene zin is voldaan aan de motiveringsverplichting van de Staat. Anders dan appellanten betogen, gaat het vereiste van effectieve rechtsbescherming niet zover dat de Staat appellanten in de gelegenheid zou moeten stellen de aan de winnende inschrijvers gegevens scores te controleren. De beoordeling van een inschrijving is immers aan de aanbestedende dienst. Het recht van een afgewezen inschrijver om een gunningsbeslissing aan te vechten brengt niet mee dat hij (i) kennis neemt van de andere inschrijvingen en (ii) aan de hand daarvan de beoordeling door de aanbestedende dienst controleert.

Appellanten voeren voorts aan dat het voor een doeltreffende rechtsbescherming nodig is dat zij hun plaats in de rangschikking kennen om aldus te kunnen beoordelen of het zinnig is om op te komen tegen de beoordeling van hun inschrijving. Het hof verwerpt dat standpunt. Uit de bijlage bij de gunningsbeslissingen kunnen appellanten afleiden wat de score is van de laagst scorende inschrijver die voor het sluiten van een overeenkomst in aanmerking komt. Appellanten kennen verder de eigen scores en kunnen dus uit de gunningsbeslissingen afleiden welk puntenverschil zij moeten overbruggen om alsnog voor gunning in aanmerking te komen. Daarvoor is niet relevant te weten hoeveel partijen er zitten tussen de laagst scorende winnaar enerzijds en appellanten anderzijds. Dat alles laat onverlet dat de Staat inmiddels een en andermaal heeft aangeboden appellanten van hun positie in de rangschikking op de hoogte te stellen, zodat het hof ervan uitgaat dat de Staat dit alsnog zal hebben gedaan dan wel desgewenst alsnog zal doen en dat op deze wijze aan het bezwaar van appellanten tegemoet is/zal worden gekomen.

Aangezien appellanten niet stellen dat hun inschrijvingen op de afzonderlijke percelen van elkaar verschilden, was er voor de Staat ook geen reden om per perceel een afzonderlijke motivering te geven.

De grief stuit op het bovenstaande af.

1. de combinatie bestaande uit [naam 1] GERECHTSDEURWAARDERS AMSTERDAM B.V. handelende onder de naam [naam 2], gevestigd te Amsterdam, en [naam 3] GERECHTSDEURWAARDERS B.V., gevestigd te Heerenveen,
2. de combinatie bestaande uit [naam 4] GERECHTSDEURWAARDERS B.V., gevestigd te Apeldoorn, en [naam 5] GERECHTSDEURWAARDERS B.V., gevestigd te Rotterdam,
3. de combinatie bestaande uit [naam 4] GERECHTSDEURWAARDERS B.V., gevestigd te Apeldoorn, en [naam 6] GERECHTSDEURWAARDERS B.V., gevestigd te Appingedam,
4. [naam 6] GERECHTSDEURWAARDERS B.V., gevestigd te Appingedam,
5. de combinatie bestaande uit [naam 7] GERECHTSDEURWAARDERS B.V., gevestigd te Bergen op Zoom, en [naam 5] GERECHTSDEURWAARDERS B.V., gevestigd te Rotterdam,
6. de combinatie bestaande uit [naam 8] GERECHTSDEURWAARDERS B.V., gevestigd te Den Haag, en [naam 5] GERECHTSDEURWAARDERS B.V., gevestigd te Rotterdam,
7. [naam 9] GERECHTSDEURWAARDERS B.V., gevestigd te Dordrecht,
8. de combinatie bestaande uit [naam 10] GERECHTSDEURWAARDERS B.V., gevestigd te Driebergen, en [naam 5] GERECHTSDEURWAARDERS B.V., gevestigd te Rotterdam,
9. [naam 3] GERECHTSDEURWAARDERS B.V., gevestigd te Heerenveen,
10. de combinatie bestaande uit [naam 11] GERECHTSDEURWAARDERS B.V., gevestigd te Maastricht, en [naam 9] GERECHTSDEURWAARDERS B.V., gevestigd te Dordrecht,
11. de combinatie bestaande uit [naam 12] GERECHTSDEURWAARDERS B.V., gevestigd te Tilburg, en [naam 9] GERECHTSDEURWAARDERS B.V., gevestigd te Dordrecht,
12. de combinatie bestaande uit [naam 1] GERECHTSDEURWAARDERS VENRAY B.V., handelende onder de naam [naam 13], gevestigd te Venray, en [naam 9] GERECHTSDEURWAARDERS B.V., gevestigd te Dordrecht, appellanten, hierna te noemen: [appellanten], advocaat: mr. S.C. Brackmann te Rotterdam, tegen
DE STAAT DER NEDERLANDEN (Ministerie van Justitie en Veiligheid, meer in het bijzonder het Centraal Justitieel Incassobureau), zetelend te Den Haag,

geïntimeerde,
hierna te noemen: de Staat of het CJIB,
advocaat: mr. J.H.C.A. Muller te Den Haag,
waarin zijn tussengekomen

1. SYNCASSO AMSTERDAM B.V., gevestigd te Amsterdam,
2. SYNCASSO GERECHTSDEURWAARDERS B.V., gevestigd te Utrecht,
3. SYNCASSO ROTTERDAM B.V., gevestigd te Rotterdam,
4. SYNCASSO LEEUWARDEN B.V., gevestigd te Leeuwarden, hierna te noemen: Syncasso c.s., advocaat: mr. P.F.C. Heemskerk te Utrecht.

Het geding

1. Voor het verloop van het geding verwijst het hof naar het arrest van 24 oktober 2017 in het incident tot tussenkomst. De Staat en Syncasso c.s. hebben ieder afzonderlijk bij memorie van antwoord de grieven in de hoofdzaak weersproken. Partijen hebben vervolgens op 9 november 2017 de zaak doen bepleiten aan de hand van aan het hof overgelegde pleitnotities. Ten behoeve van de zitting is door [appellanten] op voorhand aan het hof een “akte toelichting petitum” toegestuurd. Ten slotte is arrest bepaald.

Beoordeling van het hoger beroep

2. Het hof gaat uit van de volgende feiten:

- a. Het Centraal Justitieel Incassobureau (hierna: het CJIB) – een onderdeel van het ministerie van Justitie en Veiligheid – int vorderingen van verschillende organisaties/onderdelen van de Rijks-overheid. 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. 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 in de rechtbank Den Haag ingetrokken (vonnissen uitgesproken op 3 september 2015).

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

Uit het Beschrijvend Document – dat uitvoerig is geciteerd in het bestreden vonnis dat is gepubliceerd onder nummer ECLI:NL:RBDHA:2017:8416 – volgt dat de aanbesteding 20 percelen omvat. Per perceel worden, afhankelijk van de grootte van het perceel, 2 tot 14 opdrachtnemers geselecteerd. In het Beschrijvend Document zijn twee gunningscriteria geformuleerd. De gehanteerde gunningscriteria en de bijbehorende weging staan in onderstaande tabel:

Nr.	Omschrijving	Gewicht	§
G1	<i>Snelle en betrouwbare herkenning van Debiteuren die geen verhaal (meer) bieden - Aangeboden werkwijze en onderbouwing</i>	40%	5.2.1
G2	<i>Persoonsgericht incasseren bij Debiteuren die niet direct (het hele bedrag) kunnen betalen - Aangeboden werkwijze en onderbouwing</i>	60%	5.2.2

In het Beschrijvend Document is voorts uiteen gezet op welke wijze de inschrijvingen worden beoordeeld en de scores worden bepaald.

Tegen de opzet van de aanbesteding zijn twee kort gedingen aanhangig gemaakt. In beide gedingen zijn bij vonnis van 12 januari 2017 de bezwaren van de eiseres(sen) in die procedures van de hand gewezen en de ingestelde vorderingen afgewezen. Tegen deze vonnissen is geen hoger beroep ingesteld. In de zevende Nota van Inlichtingen heeft de Staat daarop de inschrijftermijn gesteld op 1 februari 2017.

[appellanten] hebben tijdig inschrijvingen ingediend voor diverse percelen.

Bij afzonderlijke brieven van 25 april 2017 heeft de Staat [appellanten] bericht dat zij niet voor gunning in aanmerking komen. In de brieven is onder meer het volgende opgenomen:

“Vervolgens is uw inschrijving beoordeeld aan de hand van de in het Beschrijvend Document opgenomen gunningscriteria. U heeft een eindscore behaald hoger of gelijk aan een ‘6’, echter was uw eindscore niet hoog genoeg om in aanmerking te komen voor een contract op één of meer van de percelen waarop u heeft ingeschreven. In de bijlage vindt u een overzicht van de winnaars van de percelen waarop u heeft ingeschreven met de door hen behaalde scores, alsmede een toelichting op uw eigen scores. Hierbij gelden de volgende aanvullende opmerkingen:

- *Het beoordelingsteam heeft alle in het beschrijvend document genoemde (sub)elementen bij de beoordeling betrokken;*
- *De voorbeelden die bij de beoordelingsresultaten worden genoemd dienen ter illustratie van het desbetreffende punt en zijn derhalve niet limitatief;*
- *De manier waarop de scores zijn berekend, is niet herhaald in de bijlage. Hiervoor wordt verwezen naar het beschrijvend document, waarin de wijze van berekenen in detail is beschreven.*

(...)”

In de bijgevoegde toelichting op de beoordeling van de gunningsbeslissingen betreffende de percelen waarop [appellanten] zijn afgewezen, staat het volgende vermeld:

“Onderstaand zijn achtereenvolgens weergegeven :

- *De eindscore van de Inschrijver;*
- *Een toelichting op de score voor Gunningscriterium 1;*
- *Een toelichting op de score voor Gunningscriterium 2;*
- *De winnaars op de voor de Inschrijver relevante Percelen.*

Eindscore van de Inschrijver

Inschrijver heeft een eindscore behaald van 7,28 (dit cijfer is afgerond op 2 decimalen).

(...)”

Gunningscriterium 1

Met name de volgende factoren worden als positief beoordeeld gezien het uitgevraagde in paragraaf 5.2.1 van het beschrijvend document:

- *De inschrijver hanteert een digitale wijze van toetsing op de verhaalbaarheid en geeft duidelijk aan dat persoonlijk contact van belang is voor het herkennen van niet-kunners. Een goed voorbeeld*

hiervan is de inzet van een gespecialiseerde incassomedewerker voorafgaand aan executiehandelingen. Dit kan bijdragen aan snelle en betrouwbare herkenning van niet-kunners.

- De inschrijver toetst de verhaalbaarheid op verschillende momenten tijdens de behandeling van de opdracht.
 - Automatische screening van debiteuren vindt plaats na het ontvangen van de opdracht. Een automatiseringssysteem koppelt dossiers aan elkaar. Dit kan bijdragen aan snelle en betrouwbare herkenning van verhaalbaarheid.
 - Indien de inschrijver tijdens betekening een niet-kunner herkent, kan hij er dan nog voor kiezen om niet te betekenen. Hiermee kan onnodige schuldoploop worden voorkomen.
 - De criteria/kenmerken voor verhaalbaarheid worden duidelijk beschreven.
 - De onderbouwing is relevant en wordt mede aan de hand van best practices gedaan.
 - De inschrijver beschikt over een veelheid van relevante en betrouwbare data en heeft ervaring met soortgelijke opdrachten, wat bij kan dragen aan snelle en betrouwbare herkenning van verhaalbaarheid.
 - De inschrijver geeft aan dat persoonlijk contact met de debiteur aantoonbaar maakt dat het aantal ambtshandelingen in de afgelopen drie jaar met 10% is gedaald, terwijl het aantal opdrachten van de inschrijver met 25% is gestegen. Hierbij is het incassoresultaat gelijk gebleven (70%).
 - Door een goede informatiepositie kan de inschrijver in 12% van de gevallen snel een niet-kunner identificeren, waardoor onnodige kosten worden voorkomen.
 - De inschrijver onderbouwt onderdelen van de werkwijze met persoonlijk contact, bijvoorbeeld door aan te geven dat medewerkers voortdurend worden getraind in de herkenning van debiteuren met problematische schulden.
 - De inschrijver onderbouwt dat de werkwijze met VISH, door een proactieve samenwerking met onder andere gemeenten, bij kan dragen aan snelle en betrouwbare herkenning.
- Met name de volgende factoren worden als minder positief of niet-positief beoordeeld gezien het uitgevraagde in paragraaf 5.2.1 van het beschrijvend document:
- Hoewel de werkwijze concreet genoeg is om tot een voldoende te komen, gaat de inschrijver minder duidelijk en concreet in op de werkwijze voor een

snelle herkenning van debiteuren die geen verhaal (meer) bieden door bijvoorbeeld geen doorlooptijden van de te volgen stappen te noemen.

- Het onderdeel de mogelijkheden voor de debiteur om aan te tonen een niet-kunner te zijn is summier uitgewerkt en is daardoor minder duidelijk en concreet.
 - De werkwijze is niet altijd concreet beschreven. Er staat bijvoorbeeld in de inschrijving: “stelt al het mogelijke in het werk om [...] in contact te komen” of de gerechtsdeurwaarder beoordeelt op basis van de aan de deur verkregen informatie”.
 - De inschrijver beschrijft tweemaal een moment van persoonlijk contact met debiteur. De stelling van de inschrijver dat “persoonlijk contact van wezenlijk belang is voor het bepalen van de verhaalbaarheid”, wordt hiermee niet voldoende onderbouwd. De onderbouwing is daarmee niet consistent met de werkwijze op dit onderdeel.
 - De onderbouwing is niet verrijkt met onafhankelijke onderzoeken.
 - De onderbouwing had duidelijker gekund door een referentiekader voor de cijfermatige onderbouwing toe te voegen, in zoverre dat het duidelijker gemaakt had kunnen worden hoe de door de inschrijver genoemde cijfers die relevant zijn voor snelle en betrouwbare herkenning zich verhouden tot vergelijkbare cijfers in de regio en of dit goed of minder goed is, bijvoorbeeld het is onduidelijk of de genoemde 12% een hoog of laag percentage is.
- Score : 8** (dit cijfer is niet afgerond)
- Toelichting op de score voor Gunningscriterium 2**
- (...)
- Gunningscriterium 2**
- Met name de volgende factoren worden als positief beoordeeld gezien het uitgevraagde in paragraaf 5.2.2 van het beschrijvend document:
- De omschrijving van de werkwijze behandelt voldoende alle gevraagde onderwerpen.
 - De volgorde van de handelingen is voldoende concreet en duidelijk uitgewerkt.
- Met name de volgende factoren worden als minder positief of niet-positief beoordeeld gezien het uitgevraagde in paragraaf 5.2.2 van het beschrijvend document:
- Een aantal onderdelen van de werkwijze is beperkt beschreven en minder concreet voor de doelgroep van G2, bijvoorbeeld de persoonsgerichte handelingen op basis van debiteurprofielen.

• *De onderbouwing verwijst naar onderdelen van de werkwijze, maar is daarin minder specifiek en gepresenteerde cijfers uit intern onderzoek zijn ten dele lastig te duiden.*

• *Het aangehaalde benchmarkonderzoek is niet concreet uitgewerkt.*

Score: 6,8 (dit cijfer is niet afgerond)

3. [appellanten] vorderden in eerste aanleg, zake-lijk weergegeven, na wijziging van eis: primair:

1. de Staat te gebieden de gunningsbeslissingen van 25 april 2017 in te trekken en ingetrokken te houden, althans daaraan geen (verdere) uitvoering te geven;

2. de Staat te gebieden om de gunningsbeslissingen deugdelijk te motiveren met inachtneming van hetgeen de wet, de jurisprudentie en het vonnis daarover voorschrijven, alsmede de Staat te veroordelen om een termijn te stellen van twintig kalenderdagen na dagtekening van iedere nieuwe gunningsbeslissing waarin formeel bezwaar gemaakt kan worden op de wijze als voorgeschreven in de aanbestedingsstukken;

3. de Staat te gebieden om tot herbeoordeling over te gaan voor wat betreft gunningscriterium 1 (hierna: G1), met inachtneming van het vonnis, door een team van deskundige beoordelaars, en op basis daarvan een nieuwe gunningsbeslissing te nemen, mits de Staat de opdracht nog wenst te verstrekken;

subsidiair:

1. de Staat te gebieden om de gunningsbeslissingen van 25 april 2017 in te trekken en ingetrokken te houden althans daaraan geen (verdere) uitvoering te geven;

2. de Staat te gebieden om tot herbeoordeling over gaan voor wat betreft gunningscriterium 2 (hierna: G2), met inachtneming van het vonnis, door een team van deskundige beoordelaars, en op basis daarvan een nieuwe gunningsbeslissing te nemen, mits de Staat de opdracht nog wenst te verstrekken;

dan wel een andere redelijke beslissing te nemen, een en ander op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 50.000,- per dag, met een maximum van € 1.000.000,-, met veroordeling van de Staat in de proceskosten en de nakosten, te vermeerderen met de wettelijke rente.

4. De voorzieningenrechter heeft de vorderingen afgewezen. [appellanten] vorderen in hoger beroep vernietiging van het bestreden vonnis en

1. primair:

(i) de Staat te gebieden de gunningsbeslissingen ten aanzien van [appellanten] in te trekken en ingetrokken te houden, althans de Staat te gebieden daaraan geen (verdere) uitvoering te geven, en/of

(ii) de Staat te gebieden de gunningsbeslissingen deugdelijk te motiveren, met inachtneming van hetgeen voortvloeit uit de wet en jurisprudentie ter zake van een deugdelijke motivering (effectieve rechtsbescherming), met inachtneming van het te dezen te wijzen arrest;

(iii) de Staat te veroordelen om een termijn van 20 kalenderdagen vanaf de dagtekening van iedere nieuwe, deugdelijk gemotiveerde gunningsbeslissing te stellen waarbinnen de appellante of appellanten die belanghebbende zijn bij de betreffende gunningsbeslissing formeel bezwaar kan/kunnen maken op de wijze zoals voorgeschreven in de aanbestedingsstukken;

2. subsidiair:

- de Staat te gebieden tot herbeoordeling over te gaan van de inschrijvingen van [appellanten] voor wat betreft G1 en G2, met inachtneming van dit arrest, door een team van deskundige beoordelaars, en op basis daarvan appellanten te informeren over het resultaat van die herbeoordeling met betrekking tot het perceel c.q. de percelen waarop de betreffende appellante heeft ingeschreven, en [appellanten] (ieder met betrekking tot het perceel c.q. de percelen waarop zij hebben ingeschreven) een termijn te geven van zes kalendermaanden om op basis van het betreffende resultaat van de herbeoordeling een vordering tot schadevergoeding te kunnen instellen indien uit het resultaat van de herbeoordeling blijkt dat de Staat een opdracht voor een of meer percelen ten onrechte niet aan de betreffende appellante heeft gegund, tenzij de Staat de overeenkomst(en) die het aangaat intrekt en gunt aan de betreffende appellante;

3. meer subsidiair:

- een andere maatregel te treffen die in goede justitie redelijk is en recht doet aan de belangen van appellanten;

in alle gevallen:

4. de Staat te veroordelen in de kosten van dit geding in beide instanties;

5. een en ander op straffe van verbeurte van een dwangsom.

5. De grieven van [appellanten] laten zich als volgt samenvatten. Grief 1 is gericht tegen het oordeel van de voorzieningenrechter dat artikel 2.130 Aw niet (formeel) van toepassing is en dat onder de

verplichting van de Staat om [appellanten] te informeren over alle relevante redenen van de gunningsbeslissing in ieder geval dient te worden verstaan de kenmerken en voordelen van de uitgekozen inschrijving. [appellanten] voeren aan dat dit criterium te beperkt is. De relevante redenen omvatten in ieder geval de kenmerken en de relatieve voordelen van de uitgekozen inschrijving. [appellanten] betogen voorts dat zij in staat moeten worden gesteld om te controleren of de scores die de Staat aan de uitgekozen inschrijvingen heeft gegeven, correct zijn. Grief 2 komt op tegen rechtsoverweging 5.3 van het bestreden vonnis en sluit bij het bovenstaande aan. Grief 3 is gericht tegen het oordeel van de voorzieningenrechter met betrekking tot de motivering van de gunningsbeslissingen ten aanzien van gunningscriterium G2 terwijl [appellanten] met grief 4 aanvoeren dat de voorzieningenrechter ten onrechte heeft geoordeeld dat van motiveringsgebreken geen sprake is. Grief 5 richt zich tegen het juridisch kader dat de voorzieningenrechter heeft aangelegd bij de beoordeling van de vordering tot herbeoordeling. [appellanten] voeren aan dat de overweging ten onrechte is gericht op een “volle toetsing” aangezien [appellanten] geen volle toetsing hebben gevorderd. In grief 6 voeren [appellanten] aan dat de voorzieningenrechter in rechtsoverweging 5.11 een onjuist criterium heeft aangelegd ten aanzien van de mogelijkheid een hogere score te verkrijgen. De grieven 7 en 8 komen respectievelijk op tegen de verwerping van de standpunten van [appellanten] ten aanzien van hun scores op G1 en G2, terwijl de grieven 9 en 10 zijn gericht tegen de afwijzing van de vordering en de veroordeling in de proceskosten.

6. Syncasso c.s. vorderen in de hoofdzaak dat [appellanten] niet-ontvankelijk worden verklaard in hun vorderingen, althans dat deze worden afgewezen. Zij vorderen voorts dat de Staat wordt geboden onverkort uitvoering te geven aan de inmiddels gesloten overeenkomst.

7. Het hof neemt tot uitgangspunt dat de Staat inmiddels met de inschrijvers aan wie is gegund overeenkomsten heeft gesloten die thans worden uitgevoerd. Anders dan [appellanten] ter zitting van het hof hebben aangevoerd, is de aanbestedingsprocedure dus afgerond, zodat er geen ruimte meer is om in de loop van die aanbestedingsprocedure in te grijpen. De vorderingen van [appellanten] strekken er niet toe dat, zoals door de Hoge Raad in zijn arrest van 18 november 2016

(ECLI:NL:HR:2016:2638) onder de omstandigheden die [appellanten] aan hun vordering ten grondslag hebben gelegd, nog mogelijk is geacht, wordt ingegrepen in de inmiddels gesloten overeenkomsten. Als juist is dat de gunningsbeslissingen niet zijn gemotiveerd, kunnen [appellanten] nog een procedure tot vernietiging van de gesloten overeenkomsten beginnen zoals bedoeld in artikel 4.15 Aw, maar dat brengt op voorhand niet mee dat moet worden geoordeeld dat de aanbesteding niet is afgerond. In de situatie waarin niet ook wordt gevorderd dat wordt ingegrepen in de gesloten overeenkomsten, stuiten zowel de primaire als de subsidiaire vordering en de meer subsidiaire vordering strikt genomen op dit gegeven af. Indien de aanbesteding is afgerond en die afgeronde aanbesteding als zodanig niet door de vordering wordt aangevallen, is er immers geen ruimte om een nieuwe gunningsbeslissing te nemen of om tot herbeoordeling van een inschrijving over te gaan. Een andere conclusie zou ook strijdig zijn met het door artikel 4.15 Aw beoogde evenwicht tussen de belangen van de aanbestedende dienst en de winnende inschrijvers enerzijds en de belangen van de verliezende inschrijver anderzijds.

8. De vordering van [appellanten] strekt er, zoals ook blijkt uit hetgeen ter zitting van het hof en in de akte toelichting petium is uiteengezet, echter mede toe te bewerkstelligen dat [appellanten] hun positie ten behoeve van een aanhangig te maken bodemprocedure kunnen inschatten. In de onderbouwing van hun grieven stellen [appellanten] in dit verband onder meer dat zij in staat moeten worden gesteld om de aan andere inschrijvers gegeven scores te beoordelen en dat zij kennis moeten hebben van hun plaats in de rangschikking. De grieven strekken mede daartoe. Het hof begrijpt de vordering tot het verkrijgen van een deugdelijke motivering in het licht hiervan mede aldus dat die ertoe strekt deze doelen van de vordering te verwezenlijken. Hoewel de Staat er terecht op heeft gewezen dat in het algemeen een hoger beroep in een kort geding niet ertoe dient “voor te sorteren” op een bodemprocedure, is het hof van oordeel dat er in dit specifieke geval bij die aldus begrepen vordering een voldoende en spoedeisend belang kan bestaan. Los van de vraag of die vordering kan slagen, zou de kennis die [appellanten] wensen te verkrijgen, bij de beoordeling van hun kansen in een volgende (bodem)procedure van belang kunnen zijn. Zo bezien vertoont de vordering aspecten die vergelijkbaar

zijn met een op artikel 843a Rv gestoelde vordering, die in kort geding ook toelaatbaar is en die er veelal ook toe dient de eigen positie te onderzoeken of te versterken. Mede in het licht van het belang dat, zoals hierna nog zal worden overwogen, moet worden toegekend aan een deugdelijke motivering, acht het hof in dit geval daarom toch een voldoende en spoedeisend belang bij de (aldus begrepen onderdelen van de) vordering in hoger beroep aanwezig.

9. [appellanten] hebben bovendien gevorderd dat de Staat wordt veroordeeld in de kosten van het geding in eerste aanleg; het hof dient ook ambts-halve een beslissing over die kosten te nemen. Naar vaste jurisprudentie van de Hoge Raad (zie bijvoorbeeld HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:666; NJ 2016, 211) levert voor een partij die in eerste aanleg in de proceskosten is veroordeeld, deze veroordeling een voldoende belang op bij het instellen van hoger beroep tegen die uitspraak. Dat geldt tevens indien de appelrechter in kort geding oordeelt dat spoedeisend belang ontbreekt bij de in hoger beroep te beoordelen vordering. De appelrechter dient ook in een dergelijk geval te beslissen over de in eerste aanleg uitgesproken proceskostenveroordeling.

10. In het licht van het bovenstaande dient het hof de grieven hoe dan ook te beoordelen, zodat daartoe wordt overgegaan. Het hof zal dit doen met inachtneming van het in appel gevoerde debat en naar de toestand zoals die zich voordoet ten tijde van zijn beslissing in hoger beroep.

11. Met grief 1 stellen [appellanten] de vraag aan de orde welke motiveringsverplichting er op de Staat rust. Bij de beoordeling van die grief neemt het hof tot uitgangspunt dat de opdracht is aanbesteed volgens de procedure die is voorgeschreven in artikel 2.38 Aw. De voorzieningenrechter heeft dan ook terecht geoordeeld dat artikel 2.130 Aw formeel niet van toepassing is. Dit laat onverlet dat, zoals de voorzieningenrechter ook heeft overwogen, op de aanbestedende dienst de verplichting rust een gunningsbeslissing afdoende te motiveren. De aan de inschrijvers op grond van de rechtsbeschermingsrichtlijn toekomende effectieve rechtsbescherming vereist immers dat de gunningsbeslissing transparant gemotiveerd wordt opdat de inschrijver alle relevante informatie ontvangt om te kunnen beoordelen of een in te stellen beroep doeltreffend kan zijn.

12. In artikel 41, lid 2 van Richtlijn 2004/18, waarnaar in artikel 2 bis van Richtlijn 2007/66 is verwezen, is in dit verband onder meer opgenomen dat de aanbestedende dienst aan inschrijvers die een aan de eisen beantwoordende inschrijving hebben ingediend, “*de kenmerken en voordelen van de uitgekozen inschrijving, alsmede van denaam van de begunstigde of de partijen bij de raamovereenkomst*” verstrekt. In artikel 55 van Richtlijn 2014/24 is onder meer opgenomen dat aan inschrijvers informatie wordt verstrekt over “*de kenmerken en relatieve voordelen van de geselecteerde inschrijver.*”

13. In de toelichting op het huidige artikel 2.130 Aw is onder meer vermeld (Kamerstukken II, 2009-2010, 32 440, nr. 3, p. 94):

“De aanbestedende dienst dient bij de gunningsbeslissing mee te delen om welke redenen een bepaalde ondernemer gekozen is en om welke redenen de overige ondernemers niet gekozen zijn. Evenals in de Wira is er in dit wetsvoorstel voor gekozen om met betrekking tot de motivering niet te volstaan met een samenvatting van de relevante redenen, maar alle relevante redenen op te nemen. In het tweede lid is omschreven, op basis van artikel 41, tweede lid, van richtlijn nr. 2004/18/EG wat in ieder geval verstaan wordt onder relevante redenen.”

14. In de toelichting op de Wira is onder meer opgenomen (Kamerstukken II 2008-2009, 32 027, nr. 3, p. 7):

“Een dergelijke juridisering is onwenselijk en kan voorkomen worden door de gunningsbeslissing transparant te motiveren. In dit wetsvoorstel is ervoor gekozen om daartoe de verplichting te expliciteren. Indien de aanbestedende dienst het criterium «economisch meest voordelige inschrijving» gebruikt, heeft deze voor de beoordeling van de inschrijvingen scores toegekend en op basis van de scores een rangschikking gemaakt. Het ligt dan in de rede dat de scores en relatieve positie ten opzichte van de «winnaar» meegezonden worden als onderbouwing van de gunningsbeslissing. Een precieze invulling hangt veelal af van de omstandigheden van het geval, maar de relevante redenen kunnen onder meer de volgende elementen omvatten:

– bekendmaking van de eindscores zowel van de afgewezen inschrijver als van de geselecteerde ondernemer;

– de scores van de afgewezen inschrijver op specifieke kenmerken, en de reden waarom op dat specifieke kenmerk eventueel niet de maximale score is toegekend;

– *verduidelijking van de toepassing van de gehanteerde criteria bij gunning volgens het criterium economisch meest voordelige inschrijving.*”

15. Uit het bovenstaande volgt dat ook in het geval artikel 2.130 Aw formeel niet van toepassing is, op de aanbestedende dienst de verplichting rust de gunningsbeslissing transparant te motiveren. De inhoud van die motiveringsverplichting hangt af van de omstandigheden van het geval, maar het bepaalde in artikel 2.130 lid 2 Aw, brengt, hoewel formeel niet van toepassing, mee dat de gunningsbeslissing (mede) de kenmerken en relatieve voordelen van de uitgekozen inschrijving moet omvatten. De voorzieningenrechter is, hoewel hij het woord “relatief” niet heeft gebruikt, blijkens de motivering van zijn beslissing niet van een ander uitgangspunt uitgegaan.

16. Uit de gunningsbeslissingen van 25 april 2017 blijkt dat de Staat [appellanten] heeft meegedeeld welke score zij op elk van de gunningscriteria hadden behaald, alsmede wat hun eindscore was. Voorts is in de gunningsbeslissingen een opsomming gegeven van de positieve en minder of niet positieve factoren die de scores hebben bepaald en zijn de winnaars van de betreffende percelen, alsmede hun scores op beide gunningscriteria en hun eindscores vermeld.

17. Met de voorzieningenrechter is het hof van oordeel dat hiermee in algemene zin is voldaan aan de motiveringsverplichting van de Staat. Juist in het licht van hetgeen in het Beschrijvend Document van de inschrijvers werd gevraagd, konden [appellanten] uit de scores van henzelf en de factoren waarop die scores waren gebaseerd, alsmede uit de scores van de winnende inschrijvers afleiden welke onderdelen van hun inschrijvingen goed hadden gescoord en welke onderdelen minder goed. Uit de (factoren waarop die) scores (waren gebaseerd) waren daarmee ook de relatieve voordelen van de winnende inschrijvers af te leiden. De Staat heeft er terecht op gewezen dat het hem niet is toegestaan bedrijfsvertrouwelijke informatie van de andere inschrijvers met [appellanten] te delen. [appellanten] hebben ook niet aangegeven hoe een nadere toelichting ten aanzien van de scores van de winnende inschrijvers méér informatie had kunnen bevatten dan de scores als zodanig in combinatie met de eigen

gegevens, een en ander afgezet tegen de eisen uit het Beschrijvend Document. Anders dan [appellanten] betogen, gaat het vereiste van effectieve rechtsbescherming niet zover dat de Staat [appellanten] in de gelegenheid zou moeten stellen de aan de winnende inschrijvers gegevens scores te controleren. De beoordeling van een inschrijving is immers aan de aanbestedende dienst. Het recht van een afgewezen inschrijver om een gunningsbeslissing aan te vechten brengt niet mee dat hij (i) kennis neemt van de andere inschrijvingen en (ii) aan de hand daarvan de beoordeling door de aanbestedende dienst controleert.

18. [appellanten] voeren voorts aan dat het voor een doeltreffende rechtsbescherming nodig is dat zij hun plaats in de rangschikking kennen om aldus te kunnen beoordelen of het zinvol is om op te komen tegen de beoordeling van hun inschrijving. Het hof verwerpt dat standpunt. Uit de bijlage bij de gunningsbeslissingen kunnen [appellanten] afleiden wat de score is van de laagst scorende inschrijver die voor het sluiten van een overeenkomst in aanmerking komt. [appellanten] kennen verder de eigen scores en kunnen dus uit de gunningsbeslissingen afleiden welk puntenverschil zij moeten overbruggen om alsnog voor gunning in aanmerking te komen. Daarvoor is niet relevant te weten hoeveel partijen er zitten tussen de laagst scorende winnaar enerzijds en [appellanten] anderzijds. Dat alles laat onverlet dat de Staat inmiddels een en andermaal heeft aangeboden [appellanten] van hun positie in de rangschikking op de hoogte te stellen, zodat het hof ervan uitgaat dat de Staat dit alsnog zal hebben gedaan dan wel desgewenst alsnog zal doen en dat op deze wijze aan het bezwaar van [appellanten] tegemoet is/zal worden gekomen.

19. Aangezien [appellanten] niet stellen dat hun inschrijvingen op de afzonderlijke percelen van elkaar verschilden, was er voor de Staat ook geen reden om per perceel een afzonderlijke motivering te geven. Het feit dat er per perceel andere winnaars zijn, brengt immers niet mee dat de inschrijvingen van [appellanten] anders moeten worden beoordeeld, terwijl, zoals hierboven is overwogen, voor [appellanten] uit de beoordeling in voldoende mate is af te leiden waarop die is gebaseerd. Denkbaar is wel dat de inschrijving van [appellanten] per perceel ten opzichte van andere inschrijvers een andere plaats in de rangorde inneemt, maar het zou niet goed te verklaren zijn wanneer de inschrijving van [appellanten] op het ene per-

ceel hoger of lager zou scoren dan op het andere perceel, nu [appellanten] niet hebben gesteld dat hun inschrijving per perceel op relevante punten inhoudelijk verschilde. [appellanten] hebben nog gesteld dat zij in hun inschrijvingen steeds zijn ingegaan op de regionale meerwaarde, maar zij hebben niet aangegeven dat die meerwaarde in de ene regio anders zou moeten worden beoordeeld dan in een andere regio, zodat ook daaraan niet de conclusie kan worden verbonden dat de gegeven motivering niet volstaat.

20. Grief 1 stuit op het bovenstaande af. Grief 2 is gericht tegen het in rechtsoverweging 5.3 neergelegde oordeel van de voorzieningenrechter over de motivering in dit specifieke geval en faalt omdat de grief van dezelfde onjuiste uitgangspunten uitgaat als grief 1. De in de randnummers 2.10 en 2.12 van de appeldagvaarding aangevallen oordelen van de voorzieningenrechter zijn blijkens zijn overweging ten overvloede gegeven, zodat de in dat verband ingenomen stellingen van [appellanten] onbesproken kunnen blijven. Het hof voegt daaraan toe dat de voorzieningenrechter kennelijk en op goede gronden tot uitdrukking heeft gebracht dat de beoordeling van andere inschrijvingen niet van invloed kan zijn geweest op de beoordeling van de inschrijvingen van [appellanten] omdat de Staat iedere inschrijving op zichzelf en niet ten opzichte van andere inschrijvingen heeft moeten beoordelen. Het feit dat er uiteindelijk op basis van de toegekende scores een ranking van de inschrijvingen is gemaakt, brengt daarin geen verandering. Ook grief 2 faalt.

21. Grief 3 is gericht tegen de rechtsoverwegingen 5.4 en 5.5 en stelt, naar het hof begrijpt, de vraag aan de orde of de in de gunningsbeslissingen gegeven motivering voldoet aan de hierboven weergegeven norm. Voor zover [appellanten] zich beroepen op het feit dat voor elke inschrijving van hen dezelfde beoordeling is gegeven, verwijst het hof naar hetgeen daarover hierboven is overwogen.

22. Het hof is ten aanzien van de motivering van de score op G1 van oordeel dat tamelijk uitvoerig is weergegeven welke factoren positief zijn beoordeeld en welke factoren minder positief of niet positief. Hoewel het gebruik van de woorden “met name” mogelijk verwarrend heeft kunnen werken, moet het voor [appellanten], die hun eigen inschrijvingen kennen, aan de hand van de opgesomde factoren duidelijk zijn geweest hoe en waarom de Staat tot de toegekende score is gekomen.

23. De motivering ten aanzien van G2 is minder uitvoerig dan ten aanzien van G1, maar dat brengt niet mee dat die motivering tekort schiet, aangezien ook ten aanzien van G2 wordt aangegeven wat de positieve en de minder of niet positieve factoren zijn die tot die score hebben geleid. Grief 3 stuit daarop af.

24. Grief 4 heeft geen zelfstandige betekenis en deelt het lot van de voorgaande grieven.

25. Grief 5 is gericht tegen het toetsingskader dat de voorzieningenrechter in rechtsoverweging 5.7 heeft geschetst ten aanzien van de beoordeling van een subjectief gunningscriterium. [appellanten] onderschrijven dat kader, behoudens ten aanzien van de laatste zin van rechtsoverweging 5.7, waarin de voorzieningenrechter overweegt dat een volle toetsing ertoe zou kunnen leiden dat vertrouwelijke en/of concurrentiegevoelige informatie van de winnaar(s) van de aanbesteding openbaar moet worden gemaakt. [appellanten] verzetten zich tegen deze overweging omdat zij geen volle toetsing hebben gevorderd. Dat zo zijnde, vermag het hof niet in te zien welk belang [appellanten] bij deze grief hebben. Het hof voegt daaraan toe dat de voorzieningenrechter in de betreffende overweging heeft geschetst dat een beoordelingscommissie bij de beoordeling van subjectieve gunningscriteria een zekere vrije marge toekomt. Dat oordeel is juist en uit de door de voorzieningenrechter daarna uitgevoerde toets blijkt ook niet dat hij dit juiste criterium op onjuiste wijze heeft toegepast of heeft verlaten. Grief 5 faalt daarom.

26. Het hof zal de grieven 6, 7 en 8 gezamenlijk behandelen. Die grieven komen op tegen de beoordeling door de voorzieningenrechter van de aan [appellanten] toegekende score. Bij de beoordeling van de grieven neemt het hof het door de voorzieningenrechter in rechtsoverweging 5.7 weergegeven (en juiste) toetsingskader tot uitgangspunt. Het hof neemt verder tot uitgangspunt dat in het beoordelingskader G1 onder meer het volgende is opgenomen (pagina 45 Beschrijvend Document):

“Andersom geldt dat een volledige, concrete en duidelijke werkwijze pas zal leiden tot een hoog rapportcijfer (rapportcijfer 7 of hoger) indien de werkwijze op een deugdelijke manier is onderbouwd. Ten aanzien van de onderbouwing geldt dat deze beter wordt beoordeeld naarmate specifiekere is uitgewerkt hoe de verschillende onderdelen van de werkwijze bijdragen aan het beoogde resul-

taat (snelle en betrouwbare herkenning van Debiteuren die geen verhaal (meer) bieden) en aangedragen voorbeelden, metingen of onderzoeksresultaten onafhankelijk en voor het beoordelingssteam te verifiëren zijn.”

In het beoordelingskader G2 is onder meer opgenomen (pagina 47 Beschrijvend Document):

“Andersom geldt dat een volledige, concrete en duidelijke werkwijze pas zal leiden tot een hoog rapportcijfer (rapportcijfer 7 of hoger) indien de werkwijze op een deugdelijke manier is onderbouwd. Ten aanzien van de onderbouwing geldt dat deze beter wordt beoordeeld naarmate specifiek er is uitgewerkt hoe de verschillende onderdelen van de werkwijze bijdragen aan het beoogde resultaat (een effectief incassoproces voor Debiteuren die niet direct (het hele bedrag) kunnen betalen op basis van een persoonsgerichte aanpak) en aangedragen voorbeelden, metingen of onderzoeksresultaten onafhankelijk en voor het beoordelingssteam te verifiëren zijn.”

27. De voorzieningenrechter heeft deze criteria in zijn door grief 6 aangevallen overweging 5.11 samengevat. Omdat [appellanten] kennelijk met grief 6 bezwaar maken tegen die samenvatting, zal het hof in het kader van de grieven 7 en 8, die respectievelijk de beoordeling op G1 en G2 aanvechten, aan de hand van de zojuist volledig weergegeven beoordelingskaders onderzoeken of de beoordeling juist is geweest. Bij de beoordeling van dit bezwaar neemt het hof, zoals [appellanten] ook voorstaan (randnummer 7.1 appeldagvaarding), tot uitgangspunt dat niet alle door de Staat in de gunningsbeslissing genoemde factoren onjuist gewogen behoeven te zijn. Uit de beoordeling in de overwegingen 5.13 e.v. van het vonnis blijkt overigens niet dat de voorzieningenrechter een ander uitgangspunt heeft gehanteerd.

28. Naar vaste rechtspraak dient aan een grief de eis te worden gesteld dat voor het hof en de wederpartij voldoende kenbaar wordt gemaakt tegen welke oordelen van de eerste rechter de grief zich richt, en welke gronden daarvoor bestaan. In een geval waarin is volstaan met een verwijzing naar of herhaling van hetgeen in eerste aanleg is gesteld, hangt het af van de omstandigheden van het geval of aan deze eis is voldaan (HR 9 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2047). De voorzieningenrechter heeft in de rechtsoverwegingen 5.13 en 5.14 enkele algemene uitgangspunten geschetst die voor zijn beslissing redengevend zijn geweest en heeft daar in rechtsoverweging 5.15 de conclu-

sie aan verbonden dat de stellingen van [appellanten] in overwegende mate daarop afstuiten. In de grieven 7 en 8 van [appellanten] wordt niet duidelijk waarom die uitgangspunten en de in 5.15 daaraan verbonden conclusie niet juist zijn. Anders dan [appellanten] kennelijk menen, kunnen zij in dit geval niet volstaan met een enkele verwijzing naar de dagvaarding en de pleitnotities in eerste aanleg. Gelet op het uitvoerig gemotiveerde oordeel van de voorzieningenrechter mag van [appellanten] worden verwacht aan te geven op welke punten zij het oordeel van de voorzieningenrechter bestrijden, zodat voor het hof en voor de Staat en Syncasso c.s. duidelijk is welke punten nadere beoordeling behoeven en tegen welke stellingen de Staat zich dient te verweren. Het hof voegt aan het bovenstaande toe dat het hof het oordeel van de voorzieningenrechter in overwegingen 5.13-5.15 van het vonnis onderschrijft. Het hof zal nog slechts op de specifiek door [appellanten] in hoger beroep aangevoerde onderdelen van de beoordeling ingaan.

29. [appellanten] voeren aan dat zij wel doorlooptijden hebben genoemd en dat zij hebben ingestemd met de in het programma van eisen opgenomen doorlooptijden. [appellanten] hebben evenwel niet gemotiveerd weersproken dat, zoals de Staat naar voren heeft gebracht, [appellanten] in de uitwerking van G1 alleen hebben opgemerkt dat zij de verhaalbaarheid op verschillende momenten toetsen tijdens de behandeling van de opdracht. Het feit dat zij kennelijk elders in de inschrijving termijnen noemen, ontnam de Staat niet de vrijheid om dit onderdeel als minder positieve factor te beoordelen omdat [appellanten] daarmee niet inzichtelijk hebben gemaakt hoe de door hen genoemde doorlooptijden bij de uitwerking van G1 een rol spelen.

30. Ten aanzien van de “onderbouwing met onafhankelijke onderzoeken” staat tussen partijen vast dat een onderbouwing met onafhankelijke onderzoeken in de inschrijving van [appellanten] ontbreekt. Hoewel [appellanten] terecht opmerken dat de onderbouwing ook met andere voorbeelden of metingen kan worden gegeven, onderschrijft het hof het oordeel van de voorzieningenrechter dat gelet op de tekst van het beoordelingskader, het ontbreken van een onderbouwing door onafhankelijke onderzoeksresultaten door de aanbestedende dienst als een gemis kan worden beschouwd. Dat er, zoals [appellanten] kennelijk met verwijzing naar voetnoot 5 van de pleitnota

in eerste aanleg beogen aan te voeren, geen onafhankelijk onderzoek voorhanden is, doet daar niet aan af. Het ontbreken van een onafhankelijk onderzoek naar de effectiviteit van de werkwijze betekent immers – wat er ook de achtergrond van het ontbreken van dergelijk onderzoek zij - dat door [appellanten] een werkwijze wordt voorgesteld waarvan de effectiviteit niet door onafhankelijk onderzoek is getoetst. Dat mocht door de Staat als een gemis in de onderbouwing worden beschouwd.

31. De door [appellanten] overigens in eerste aanleg en, deels, tijdens het pleidooi bij het Hof aangedragen stellingen zijn door de voorzieningenrechter op grond van hetgeen hij in rechtsoverweging 5.13 en 5.14 heeft overwogen, verworpen. Die stellingen stuiten ook in hoger beroep daarop af.

32. [appellanten] miskennen ook met grief 8 dat van hen verwacht mag worden aan te geven op welke onderdelen het vonnis van de voorzieningenrechter onjuist is. Zij volstaan evenwel met een verwijzing naar hetgeen zij in eerste aanleg hebben gesteld en zien daarbij kennelijk over het hoofd dat de voorzieningenrechter hetgeen hij in 5.14 heeft overwogen, ook ten grondslag heeft gelegd aan zijn oordeel over de score voor G2. De grief stuit daarop reeds af.

33. De grieven 9 en 10 hebben geen zelfstandige betekenis en delen het lot van de overige grieven.

34. Het bovenstaande betekent dat alle grieven falen en dat het in hoger beroep gevorderde moet worden afgewezen. [appellanten] zullen worden veroordeeld in de kosten van het geding in hoger beroep, waaronder de kosten van het incident.

35. De Staat heeft gevorderd dat [appellanten] worden veroordeeld in de werkelijke kosten van het geding. Voor een dergelijke veroordeling is slechts plaats in buitengewone omstandigheden, waarbij dient te worden gedacht aan misbruik van procesrecht en onrechtmatige daad (onder meer: HR 15 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2366). Die situatie doet zich in dit geval niet voor, zodat voor een veroordeling van [appellanten] in de werkelijke proceskosten geen ruimte bestaat.

36. Aangezien de Staat inmiddels met (onder anderen) Syncasso c.s. overeenkomsten heeft gesloten en er geen reden is aan te nemen dat de Staat die overeenkomsten niet zal willen uitvoeren, is er voor toewijzing van de vorderingen van Syncasso c.s. geen grond. In de verhouding tot de Staat

is Syncasso c.s. de partij die moet worden veroordeeld in de kosten van het geding, die evenwel op nihil worden begroot.

Beslissing

Het hof:

- bekrachtigt het tussen partijen gewezen vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank Den Haag van 26 juli 2017;

- wijst het in hoger beroep door [appellanten] meer of anders gevorderde af;

- wijst het in hoger beroep door Syncasso c.s. meer of anders gevorderde af;

- veroordeelt Syncasso c.s. voor wat betreft de door hen ingestelde vordering tegen de Staat in de kosten van de Staat, die worden begroot op nihil;

- veroordeelt [appellanten] in de kosten van het geding in hoger beroep, het incident daaronder begrepen, aan de zijde van de Staat tot op heden begroot op € 716,- aan verschotten en € 2.682,- aan salaris advocaat en bepaalt dat deze bedragen binnen 14 dagen na de dag van de uitspraak moeten zijn voldaan, bij gebreke waarvan deze bedragen worden vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf het einde van genoemde termijn van 14 dagen;

- veroordeelt [appellanten] in de kosten van het geding in hoger beroep, het incident daaronder begrepen, aan de zijde van de Syncasso c.s. tot op heden begroot op € 716,- aan verschotten en € 2.682,- aan salaris advocaat en op € 131,- aan salaris voor de advocaat, nog te verhogen met € 68,- indien niet binnen veertien dagen na aanschrijving in der minne aan dit arrest is voldaan en vervolgens betekening van dit arrest heeft plaatsgevonden, en bepaalt dat deze bedragen binnen 14 dagen na de dag van de uitspraak dan wel, wat betreft het bedrag van € 68,-, na de datum van betekening, moeten zijn voldaan, bij gebreke waarvan deze bedragen worden vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf het einde van genoemde termijn van 14 dagen;

- wijst het in hoger beroep door de Staat meer of anders gevorderde af;

- verklaart dit arrest ten aanzien van de ten gunste van Syncasso c.s. uitgesproken kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

Hoger beroep in aanbestedingszaken toch zinvol?**De beperkte mogelijkheden in hoger beroep**

De praktijk in aanbestedingszaken in kort geding is dat aanbestedende diensten na winst in eerste aanleg vaak overgaan tot het sluiten van de overeenkomst. Het snel instellen van hoger beroep om te voorkomen dat de overeenkomst wordt gesloten, heeft in principe geen zin. Het instellen van hoger beroep heeft namelijk geen opschortende werking, tenzij dit in het vonnis is bepaald.¹ Voor zover auteurs bekend, heeft nog geen enkele voorzieningenrechter in eerste aanleg een dergelijke opschortende werking aan een hoger beroep toegekend, al wordt dit in de praktijk wel met enige regelmaat gevorderd in eerste aanleg.²

Dat de aanbestedende dienst de overeenkomst sluit nadat de vorderingen van de eiser in eerste aanleg zijn afgewezen, is dus moeilijk tegen te houden. In hoger beroep in aanbestedingszaken speelt – of misschien beter gezegd: speelde de afgelopen jaren – daarom voornamelijk de vraag in welke gevallen de gesloten overeenkomst aantastbaar is. Ook wat dat betreft zijn de rechtsbeschermingsmogelijkheden voor appellerende inschrijvers gering. De Hoge Raad heeft eind 2016 namelijk in het *Xafax*-arrest geoordeeld dat de overeenkomst in dergelijke gevallen slechts aantastbaar is *(i)* op de gronden

vermeld in art. 4.15 lid 1 Aw 2012, *(ii)* in het geval van wilsgebreken of *(iii)* in het geval van nietigheid of vernietigbaarheid ingevolge art. 3:40 BW.³

Ingrijpen in de gesloten overeenkomst wegens strijd met de aanbestedingsregels zal, als gevolg van het *Xafax*-arrest niet snel voorkomen omdat een overeenkomst op grond van artikel 4.15 slechts vernietigbaar is wanneer (i) sprake is van een onwettige onderhandse gunning, (ii) een overeenkomst tijdens de wettelijke standstill-termijn (alcateltermijn) is gesloten of (iii) de aanbestedende dienst de opschortende termijn binnen een dynamisch aankoopstelsel of een raamovereenkomst ten onrechte niet in acht heeft genomen. In het geval de aanbestedende dienst de opdracht heeft aanbesteed en daarbij de termijnen in acht heeft genomen, biedt het aanbestedingsrecht dus geen grond om in te grijpen in de gesloten overeenkomst. In dat geval kan de appellant alleen terugvallen op niet-aanbestedingsrechtelijke argumenten en betogen dat sprake is van een wilsgebrek en/of dat sprake is van nietigheid of vernietigbaarheid ingevolge art. 3:40 BW.

Zelfs wanneer de aanbestedende dienst met de contractant in de overeenkomst een ontbindende voorwaarde is overeengekomen die de aanbestedende dienst kan invoeren indien de vorderingen in hoger beroep zouden slagen, betekent dat bij de huidige stand van het recht niet dat een gerechtshof eerder kan/zal ingrijpen.⁴

Hoger beroep toch zinvol?

Gelet op deze beperkte rechtsbeschermingsmogelijkheden in hoger beroep in aanbestedingszaken valt goed te begrijpen dat veel inschrijvers na een verlies in eerste aanleg een punt zetten achter het procederen (in kort geding). Een hoger beroep lijkt weinig zin te hebben. Toch is dat niet in alle gevallen zo. Het bovenstaande arrest van het Gerechtshof Den Haag toont namelijk aan dat het instellen van hoger beroep zinvol

1 Kamerstukken II 2008/09, 32027, 3, p. 18-19; Kamerstukken II 2009/10, 32440, 3, p. 136.

2 Zie bijvoorbeeld Vzr. Rb. Gelderland 14 juli 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:4329. De rechter wees in deze zaak de vordering tot schorsing van de aanbestedingsprocedure in afwachting van het hoger beroep af omdat er geen feiten en omstandigheden waren aangevoerd die een dergelijke (langdurige) schorsing konden rechtvaardigen. Hieruit kan wellicht a contrario worden afgeleid dat een dergelijke opschortende werking toegewezen kan worden wanneer feiten en omstandigheden worden aangevoerd die een (langdurige) schorsing van de aanbestedingsprocedure kunnen rechtvaardigen, maar zeker is dit niet.

3 HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2638 «JAAN» 2017/7.

4 Gerechtshof Amsterdam 27 juni 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2573.

kan zijn, wanneer de afgewezen inschrijver alsnog een inhoudelijk (voorlopig) oordeel van een gerechtshof wil ontvangen om zodoende zijn rechtspositie in te schatten voor een aanhangig te maken bodemprocedure.⁵ Hoewel een hoger beroep in een kort geding volgens het hof niet ertoe dient 'voor te sorteren' op een bodemprocedure, is het hof van oordeel dat een afgewezen partij in hoger beroep toch een voldoende en spoedeisend belang kan hebben bij vorderingen die er op gericht zijn dat de gunningsbeslissing alsnog (deugdelijk) wordt gemotiveerd. Die kennis zou namelijk bij de beoordeling van de kansen in een volgende (bodem)procedure van belang kunnen zijn. Het hof geeft in dit kader aan dat de vordering in hoger beroep aspecten vertoont die vergelijkbaar zijn met een op artikel 843a Rv (vordering inzage of afschrift van bescheiden) gestoelde vordering, die in kort geding ook toelaatbaar is en die er veelal ook toe dient de eigen positie te onderzoeken of te versterken. Daarnaast toont het arrest aan dat een vordering die ertoe strekt de aanbestedende dienst te veroordelen in de kosten van het geding in eerste aanleg, een gerechtshof beweegt om zich alsnog inhoudelijk uit te laten over de kwestie. Een veroordeling in de proceskosten levert namelijk op zichzelf een voldoende belang op bij het instellen van hoger beroep tegen die uitspraak.⁶

Voorbeeld

In welke gevallen zal het instellen van een hoger beroep zinvol zijn als de overeenkomst na verlies in eerste aanleg al is gesloten? Er zijn in onze optiek meerdere voorbeelden te bedenken waarin dit zinvol kan zijn. Wij omschrijven hier één duidelijk voorbeeld. Te denken valt bijvoorbeeld aan de situatie waarin de inschrijving met de laagste prijs, in een aanbestedingsprocedure met gunningscriterium laagste prijs, terzijde is gelegd wegens een formeel gebrek. Als deze

inschrijver in eerste aanleg nul op het rekest krijgt en de overeenkomst wordt gesloten, dan is het voor deze inschrijver alsnog interessant om in hoger beroep een voorlopig oordeel te krijgen over de vraag of zijn inschrijving terecht terzijde is gelegd. Blijkt de inschrijving naar voorlopig oordeel van een gerechtshof alsnog geldig, dan kan een dergelijk oordeel vanzelfsprekend veel waard zijn in een eventuele daaropvolgende bodemprocedure gericht op schadevergoeding.

Conclusie en enkele vuistregels voor de praktijk

Ondanks het feit dat het nog steeds lastig is om een eenmaal gesloten overeenkomst aan te tasten met een beroep op het aanbestedingsrecht, kan in hoger beroep in aanbestedingszaken wel een inhoudelijk (voorlopig) oordeel van een gerechtshof worden verkregen. Een dergelijk oordeel is met name interessant voor afgewezen inschrijvers die zich op het standpunt stellen dat de opdracht ten onrechte niet aan hen is gegund, maar aan een concurrent. Wanneer een hof immers tot het voorlopige oordeel komt dat niet de contractant, maar de appellant voor (voorlopige) gunning in aanmerking had moeten komen, dan kan een dergelijk oordeel vanzelfsprekend waardevol zijn wanneer de inschrijver zijn schade wil verhalen op de aanbestedende dienst in een opvolgende bodemprocedure. Ook een (voorlopig) oordeel van een hof dat de gunningsbeslissing niet of onvoldoende is gemotiveerd, kan waardevol zijn. Indien de gunningsbeslissing immers niet of onvoldoende is gemotiveerd, dan heeft dat tot gevolg dat de rechtsbeschermingstermijn nooit is gaan lopen.⁷ Een eerder anders luidend oordeel van het Hof Den Bosch dat de wet noch recht hiervoor enig aanknopingspunt biedt, is gezien de – in voetnoot zeven opgenomen verwijzing naar de – parlementaire geschiedenis naar onze mening dus onjuist.⁸ Een overeenkomst die definitief gegund is, zonder dat er een rechtsbeschermingstermijn in

5 Gerechtshof Den Haag 19 december 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3549.

6 Zie hiervoor ook Gerechtshof Amsterdam 14 november 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4698. Dit is ons inziens ook een juist oordeel gelet op de jurisprudentie van de Hoge Raad. Zie bijvoorbeeld HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:666 en HR 22 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX9705.

7 Kamerstukken II, 2009/10, 32440, 3, p. 94-95.

8 Hof Den Bosch 1 november 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4865, r.o. 3.8.

acht is genomen, is in een bodemprocedure vervolgens vernietigbaar op grond van artikel 4.15 lid 1 sub b van de Aw 2012.

A.B.B. Gelderman,
advocaat bij KienhuisHoving

L.J. Vermeulen,
advocaat bij KienhuisHoving

36

Voorzieningenrechter Rechtbank
Zeeland-West-Brabant
1 december 2016, nr. C/02/322268/KG ZA
16-693, ECLI:NL:RBZWB:2016:7571
(mr. Van Geloven)
Zie noot mr. B.J.H. Blaisse-Verkooyen en mr.
J.V. Dijkman

Meervoudig onderhandse aanbesteding. Aanbestedingsbeleid. Certificeringseisen.

[Aanbestedingswet 2012 art. 1.4 lid 1]

Bij brief van 29 juli 2016 is PBTA B.V. (PBTA) door de gemeente Etten-Leur uitgenodigd om in het kader van de planontwikkeling van het multifunctionele cultuurcentrum 'de Nieuwe Nobelaer' een offerte uit te brengen met betrekking tot advieswerkzaamheden op het gebied van theateradvies. Bij brief van 26 september 2016 heeft de gemeente aan PBTA meegedeeld dat de opdracht wordt gegund aan Sifapro B.V., die de economisch meest voordelige inschrijving heeft gedaan. PBTA vordert onder meer een verbod de opdracht definitief aan Sifapro B.V. te gunnen.

Toepasselijkheid inkoopvoorwaarden

De kern van het betoog van PBTA is dat zij op basis van het Inkoopprotocol 2009 van de gemeente mocht verwachten dat de geselecteerde gegadigden voldoen aan de normen van ONRI en ISO 9001 en dat zij beschikken over de betreffende certificeringen. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter spoort deze stelling niet met het feit dat de gemeente in haar uitvraagbrief van 29 juli 2016 niet verwijst naar haar Inkoopprotocol 2009 maar naar de opvolgende Algemene Inkoopvoorwaarden van 21 januari 2013 met nummer 03/2013, waarin het huidige inkoop- en aanbestedingsbeleid van de gemeente is neergelegd. In haar antwoord op

vraag 15 in de nota van inlichtingen verwijst de gemeente nogmaals naar de Algemene Inkoopvoorwaarden met nummer 03/2013, niet naar het Inkoopprotocol 2009. In de aanbestedingsstukken wordt het Inkoopprotocol 2009 nergens genoemd. Volgens PBTA leidde de link in de uitvraagbrief van 29 juli 2016 rechtstreeks naar het Inkoopprotocol 2009. Die stelling wordt door de gemeente betwist. Overigens betekent het linken naar een document dat niet in de aanbestedingsdocumenten wordt genoemd nog niet dat een gegadigde er zonder meer op mag vertrouwen dat het betreffende document van toepassing is op de aanbesteding. Dat geldt temeer indien het gelinkte document regels bevat die conflicteren met regels in een document dat uitdrukkelijk van toepassing is verklaard. De voorzieningenrechter constateert dat PBTA aan de gemeente geen vraag heeft gesteld over de toepasselijkheid van het Inkoopprotocol 2009, noch over de strijdigheid van dat protocol met het beleid volgens de Algemene Inkoopvoorwaarden met nummer 03/2013. Wel heeft PBTA een vraag (vraag 27 in de nota van inlichtingen) gesteld over de toepasselijkheid van ONRI en ISO 9001. Op die vraag heeft de gemeente geen bevestigend antwoord gegeven. De voorzieningenrechter kan uit niets opmaken dat de gemeente het Inkoopprotocol 2009 of de eis van certificering volgens ONRI en ISO 9001 van toepassing heeft verklaard. Daarom wordt de gevolgde aanbestedingsprocedure hierna alleen getoetst aan de Algemene Inkoopvoorwaarden met nummer 03/2013. Het vertrouwen dat PBTA stelt dat bij haar is gewekt is, gelet op het vorenstaande, geen gerechtvaardigd vertrouwen.

Meervoudig onderhandse procedure

Op grond van artikel 1.4 lid 1, aanhef en onder a, van de Aanbestedingswet moet de gemeente kunnen motiveren waarom zij voor de onderhavige opdracht heeft gekozen voor een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure. In dat verband verwijst de gemeente naar haar beleid zoals neergelegd in haar Algemene Inkoopvoorwaarden met nummer 03/2013. PBTA betwist niet dat de gemeente dat beleid heeft gevolgd.

Objectief criterium voor keuze ondernemers

Een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure is gebonden aan weinig regels. Wat betreft de voorselectie van ondernemers oordeelt de Hoge Raad in een arrest van 25 maart 2016 (gepubliceerd als ECLI:NL:HR:2016:503) dat de aanbestedende dienst in een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure vrij is om de partijen te selecteren

die hij tot de procedure wenst toe te laten. Wel moet hij op grond van artikel 1.4 lid 1, aanhef en onder b, van de Aanbestedingswet kunnen motiveren dat hij de benaderde ondernemers heeft geselecteerd op basis van objectieve criteria.

In dat verband verwijst de gemeente allereerst naar de uitvraagbrief van 29 juli 2016, waarin staat dat de drie benaderde ondernemers door haar zijn geselecteerd op basis van vereiste minimale kwaliteit en het feit dat de werkzaamheden eenduidig en volledig zijn beschreven in het Programma van Eisen. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter stelt PBTA terecht dat uit die motivering niet blijkt naar welke kwaliteiten van de ondernemers de gemeente feitelijk heeft gekeken. Dat blijkt evenmin uit het antwoord van de gemeente op de vragen 26 en 27 in de nota van inlichtingen.

Ter zitting motiveert de gemeente haar selectie aldus dat zij niet zomaar iets heeft gedaan. Zij stelt dat zij een voorkeur had voor ondernemers die al eerder voor haar hebben gewerkt. Zowel PBTA als Sifapro B.V. hebben al eens voor de gemeente gewerkt en de ervaring en referenties van PBTA en Sifapro B.V. zijn bij de gemeente bekend. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter blijkt uit deze toelichting genoegzaam op basis van welk objectief criterium de gemeente de drie gegadigde ondernemers heeft geselecteerd. Of dat criterium garandeert dat de geselecteerde ondernemers beschikken over voldoende kennis en ervaring om de opdracht met succes te kunnen vervullen, doet niet ter zake.

Resumerend heeft de gemeente op grond van haar aanbestedingsbeleid kunnen kiezen voor een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure. Op de zitting heeft zij gemotiveerd welk objectief criterium haar keuze voor de drie geselecteerde ondernemers heeft bepaald. De stellingen van PBTA geven geen aanleiding de gunning van de opdracht aan Sifapro B.V. te verbieden. De vorderingen zullen dan ook worden afgewezen.

Beslissing

De voorzieningenrechter wijst de vorderingen af.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

PBTA B.V.,

gevestigd te Uden,

eiseres,

advocaat mr. H.A. Schenke te Nijmegen,

tegen

de publiekrechtelijke rechtspersoon

GEMEENTE ETTEN-LEUR,

zetelend te Etten-Leur,

gedaagde,

advocaat mr. E. Steyger te 's-Hertogenbosch.

De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de op 21 oktober 2016 betekende dagvaarding met de producties 1 tot en met 5 van PBTA;
- de aanvullende producties 6 tot en met 8 van PBTA;
- de producties 1 tot en met 3 van de gemeente;
- de mondelinge behandeling ter zitting van 17 november 2016;
- de pleitnota van PBTA;
- de pleitnota van de gemeente.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2 De feiten

2.1. Op grond van de niet of onvoldoende weersproken stellingen en de overgelegde producties wordt uitgegaan van de navolgende feiten:

a. Bij brief van 29 juli 2016 is PBTA door de gemeente uitgenodigd om in het kader van de planontwikkeling van het multifunctionele cultuurcentrum 'de Nieuwe Nobelaer' een offerte uit te brengen met betrekking tot advieswerkzaamheden op het gebied van theateradvies. De gevraagde adviseur Theateradvies wordt binnen het ontwerp-proces verantwoordelijk voor alle werkzaamheden die binnen het project noodzakelijk zijn op het eigen vakgebied en in dat verband treedt hij toe tot het multidisciplinaire ontwerpteam.

b. Naast PBTA heeft de gemeente nog twee andere ondernemers uitgenodigd om een offerte voor theateradvieswerkzaamheden uit te brengen, waaronder Sifapro B.V.

c. Aan deze drie gegadigden is meegedeeld dat zij uiterlijk op 9 september 2016 een offerte kunnen indienen. Van de inschrijving maken deel uit een inschrijfbiljet en een uniforme eigen verklaring voor aanbestedingsprocedures van aanbestedende diensten.

d. Gunning van de opdracht vindt plaats op basis van de economisch meest voordelige inschrijving, die de gemeente vaststelt op basis van de laagste prijs. Als toelichting staat in de uitnodigingsbrief geschreven:

‘Opdrachtgever heeft hiervoor gekozen, gegeven de situatie dat alle inschrijvers op voorhand door de opdrachtgever geselecteerd zijn op basis van vereiste minimale kwaliteit en het feit dat de werkzaamheden eenduidig en volledig beschreven zijn conform en/of vergelijkbaar met de systematiek van de Standaard Taakbeschrijving van de DNR 2014. Opdracht wordt verleend aan de laagste inschrijver op voorwaarde van volledigheid van inschrijving.’

e. Verder heeft de gemeente in de uitnodigingsbrief onder meer geschreven:

‘Op al onze offerteaanvragen, aanbestedingen, opdrachten en overeenkomsten zijn uitsluitend onze “Algemene Inkoopvoorwaarden voor Leveringen en diensten Gemeente Etten-Leur” gedeponereerd bij de rechtbank Breda d.d. 21 januari 2013 onder nummer 03/2013 (hierna te noemen: Algemene voorwaarden), van toepassing. De Algemene voorwaarden zijn op de opdracht van toepassing tenzij hiervan uitdrukkelijk wordt afgeweken. De Algemene voorwaarden kunt u downloaden op [https://www.etten-leur.nl/Bestuur/Alle onderwerpen/Inkoop en aanbesteding](https://www.etten-leur.nl/Bestuur/Alle%20onderwerpen/Inkoop%20en%20aanbesteding). De voorwaarden voor de uitvoering van de opdracht worden vastgelegd in een concept-overeenkomst, welke als bijlage aan deze uitvraag is toegevoegd. Deze overeenkomst zal voor de onderwerpen verzekering, aansprakelijkheid en auteursrechten aanvullingen/afwijkingen bevatten op de Algemene voorwaarden.’

f. Aan de gegadigden is gelegenheid geboden om schriftelijk vragen te stellen. In de nota van inlichtingen staan onder meer de navolgende vragen en antwoorden:

NvI vraag 15: Wordt de opdracht verstrekt conform DNR 2011?

Antwoord: Onder ‘algemene voorwaarden’ pag. 6 van de uitvraag, staat beschreven dat uitsluitend de “Algemene Inkoopvoorwaarden voor Leveringen januari 2013 onder nummer 03/2013 (hierna te noemen: Algemene voorwaarden), van toepassing zijn.’

NvI vraag 17: Uw uitvraag wijkt op punten af van de DNR taakbeschrijving, prevaleert uw offerte uitvraag boven de DNR taakbeschrijving? Op welke

punten dient de adviseur theatertechniek afwijkend van de DNR taakomschrijving werkzaamheden aan te bieden?

Antwoord: De adviseur theatertechniek dient de werkzaamheden welke zijn uitgevraagd aan te bieden. De DNR zijn als voorwaarden niet van toepassing.’

NvI vraag 24: Moet de adviseur theatertechniek voor alle (theatertechnische) vakgebieden (theatermechanisch/tekenaar/geluid/licht/tribune/stoffering/akoestiek) een adviseur vergezeld van CV indienen? Dienen alle aangedragen adviseurs onafhankelijk en niet leverancier gebonden te zijn?

Antwoord: Als beschreven dienen de CV's van de door u in te schakelen personen aan de offerte toegevoegd te worden. Dit betreft dus alle disciplines waarvan u van mening bent dat u afzonderlijke personen nodig heeft om een passende aanbieding te kunnen doen. Door u in te schakelen adviseurs dienen niet leverancier gebonden te zijn.’

NvI vraag 26: Op grond van de beginselen van gelijke behandeling en transparantie moeten alle criteria voorafgaand aan de aanbestedingsprocedure in de aankondiging of het bestek worden vermeld. Zijn deze (selectie)criteria conform inkoopprotocol van de opdrachtgever toegepast en wat waren exact de toegepaste selectiecriteria?

NvI vraag 27: Opdrachtgever maakt gebruik van een meervoudig onderhandse aanbesteding met (voor)selectie, heeft de voorselectie conform inkoopprotocol van de gemeente Etten-Leur plaatsgevonden? Zijn ISO 9001 en ONRI als selectiecriteria toegepast?

Antwoord: Opdrachtgever heeft de voor haar - in het kader van deze opgave - relevante kwaliteitscriteria gehanteerd en handelt hiermee conform de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht.’

NvI vraag 28: een volledig ingediende offerte bestaat uit: 1. Uniforme eigenverklaring 2. Inschrijfbijlet, 3. CV's voorgedragen adviseurs per vakgebied?

Antwoord: Correct.’

NvI vraag 40: Volgens de uitvraag is een beoordeling op prijs in dit geval hetzelfde als een EMVI procedure. De geselecteerde adviseurs hebben allemaal de minimaal benodigde kwaliteit, dus heeft de gemeente besloten die kwaliteit niet mee te laten wegen in de beoordeling. Los van het feit dat dat

in strijd is met de aanbestedingswet het volgende. Wij kunnen onmogelijk beoordelen of de stelling van de gemeente juist is. Tenslotte weten we niet wat de kwaliteit is van de bureaus die een aanvraag hebben ontvangen. We weten wel dat alle adviseurs op dit gebied een urenfabriekje hebben. Daarmee bedoel ik dat een lagere prijs altijd automatisch leidt tot minder bestede tijd. Een adviseur die minder tijd kan besteden, kan ook minder kwaliteit leveren. Door op deze manier aan te besteden kan de opdrachtgever in dit stadium van het project vast wel enkele tienduizenden euros besparen. Helemaal valt niet te becijferen hoeveel geld de opdrachtgever in het gehele project bespaart door te kiezen voor de adviseur die niet alleen de vereiste minimumkwaliteit heeft, maar die door een goed doorzacht projectplan in staat is om een beter en beter geïntegreerd en daardoor goedkoper plan te ontwerpen. Daarvoor is voldoende tijd nodig voor een eventueel herontwerp en tijd voor ontwerpworkshops, excursies en dergelijke. Dat zijn activiteiten die zorgen voor beter begrip bij het ontwerpteam en een betere afstemming tussen de ontwerpen. Dat zijn de ingrediënten voor een optimaal en betaalbaar ontwerp. Je zou kunnen zeggen dat dat allemaal weinig uitmaakt zolang het ontwerp binnen budget wordt uitgevoerd, maar dat kan haast niet de bedoeling zijn. Wij gaan er vanuit, dat de gemeente voor het beschikbare budget ook het best mogelijke resultaat wil halen. De prikkel die de gemeente nu afgeeft is om het project in zo kort mogelijke tijd en met zo weinig mogelijk inspanning af te werken. Oftewel, de snelste en goedkoopste adviseur is de beste adviseur voor dit project. Dat is in overeenstemming met de keuze voor laagste prijs, maar is dat echt wat de gemeente wil?

Antwoord: Conform de recentelijk in werking getreden gewijzigde Aanbestedingswet wordt 'beoordeling op basis van laagste prijs' tegenwoordig geschaard onder EMVI (artikel 2.114 Aanbestedingswet). Beoordeling van de inschrijving op basis van laagste prijs is naar mening van de opdrachtgever dan ook niet in strijd met de aanbestedingswet. Opdrachtgever herkent de beschrijving van de afgegeven prikkel geenszins.

Opdrachtgever verwacht van de theateradviseur dat deze gezamenlijk met de overige adviseurs een integraal ontwerpteam vormt waarin gezamenlijk wordt ontworpen binnen het taakstellend budget en binnen de vastgestelde planning. Naar de mening van de opdrachtgever geeft dit volop mogelijkheden voor de theateradviseur om gezamenlijk met

de overige adviseurs te komen tot een optimale procesinrichting, waarbij de verantwoordelijkheid van het projectmanagement als discipline is ondergebracht bij de architect.

Opdrachtgever onderkent evenmin dat een lagere inschrijfsom per definitie leidt tot minder bestede tijd en daarmee tot een minder resultaat.

De ontwerpdisciplines moeten nog starten met de fase voorlopig ontwerp. Dat er sprake zou zijn van eventueel noodzakelijk 'herontwerp' lijkt ons om die reden zeer onwaarschijnlijk.

Opdrachtgever ziet uit naar de wijze waarop de theateradviseur als onderdeel van het team, met inzet van eigen kennis en alle mogelijk denkbare wijzen om deze in te brengen in het ontwerpproces, op efficiënte en enthousiasmerende wijze met opdrachtgever en eindgebruiker zal werken aan het best mogelijke ontwerpresultaat.'

g. PBTA en haar twee concurrenten hebben op de opdracht ingeschreven. Bij brief van 26 september 2016 heeft de gemeente aan PBTA meegedeeld dat de opdracht wordt gegund aan Sifapro B.V., die de economisch meest voordelige inschrijving heeft gedaan.

3 Het geschil

3.1. PBTA vordert dat de voorzieningenrechter bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

I. primair

a. de gemeente gebiedt om binnen 48 uur na de datum van dit vonnis, althans binnen een door de voorzieningenrechter in goede justitie te bepalen termijn, de voorlopige gunningsbeslissing van 26 september 2016 in te trekken;

b. de gemeente verbiedt de opdracht definitief aan Sifapro B.V. te gunnen;

c. de gemeente gebiedt om binnen 48 uur na de datum van dit vonnis, althans binnen een door de voorzieningenrechter in goede justitie te bepalen termijn, de opdracht te gunnen aan PBTA, voor zover de gemeente de opdracht nog altijd wenst te gunnen, dan wel met PBTA de concreterings- en verificatiefase in te gaan;

II. subsidiair

a. de gemeente gebiedt om binnen 48 uur na de datum van dit vonnis, althans binnen een door de voorzieningenrechter in goede justitie te bepalen termijn, de voorlopige gunningsbeslissing van 26 september 2016 in te trekken;

b. de gemeente gebiedt om binnen twee weken, althans binnen een door de voorzieningenrechter in goede justitie te bepalen termijn, een nieuwe

voorlopige gunningsbeslissing te nemen, met inachtneming van de kwalitatieve voorselectiecriteria;

III. meer subsidiair

elke andere voorziening te treffen die de voorzieningenrechter in goede justitie passend acht en die recht doet aan de belangen van PBTA;

in alle gevallen onder verbeurte van een dwangsom en met veroordeling van de gemeente in de proceskosten en de nakosten.

3.2. Aan haar vorderingen legt PBTA de stelling ten grondslag dat het gaat om een aanbesteding met kwalitatieve voorselectie waarbij de gemeente ten onrechte aangegeven heeft dat alle gegadigden zijn geselecteerd op basis van vereiste minimale kwaliteit. Bij navraag daarover door PBTA heeft de gemeente alleen geantwoord dat 'alle relevante kwaliteitscriteria' zijn gehanteerd. PBTA heeft daaruit begrepen en niet anders kunnen begrijpen dan dat de kwaliteitscriteria conform het Inkoopprotocol 2009 van de gemeente – zoals dat op de website van de gemeente gepubliceerd stond - van toepassing zijn, waaronder ISO-certificering en ONRI-normering. Dat blijkt feitelijk niet zo te zijn. Sifapro B.V. voldoet niet aan de betreffende eisen en staat in het handelsregister niet ingeschreven als theatertechnisch adviesbureau. De gemeente blijkt ten behoeve van de voorselectie geen kwaliteitscriteria te hebben opgesteld. Haar voorselectie is gebaseerd op ervaringen uit het verleden. Aldus handelt de gemeente in strijd met het transparantiebeginsel en het beginsel van gelijke behandeling van ondernemers.

Ter zitting voegt PBTA daaraan toe dat er bij deze aanbesteding geen selectiecriteria zijn gehanteerd en dat Sifapro B.V. niet geschikt is en niet beschikt over de juiste certificaten volgens het inkoopbeleid van de gemeente, terwijl er met de vragen 26 en 27 in de nota van inlichtingen nog uitdrukkelijk gevraagd is naar de ISO 9001- en ONRI-certificering als selectiecriteria.

3.3. De gemeente voert verweer. Zij voert aan dat de drie gegadigden pas benaderd zijn om een offerte uit te brengen nadat zij in een voorselectie conform paragraaf 6.1 van het gemeentelijk inkoopbeleid geselecteerd waren. Die voorselectie heeft plaatsgevonden op basis van de minimale kwaliteit die noodzakelijk is om de opdracht uit te kunnen voeren. Dit was mogelijk omdat de werkzaamheden eenduidig en volledig zijn beschreven in het Programma van Eisen van 17 juni 2016. Er zijn geen nadere selectiecriteria gehan-

teerd. Om die reden zijn er geen selectiecriteria bekendgemaakt en hoefden de gegadigden ook geen gegevens over kwaliteit aan te leveren. Er is voldaan aan het gestelde in artikel 2.114 lid 4 van de Aanbestedingswet. De gemeente kan een inschrijver niet uitsluiten op basis van niet onderbouwde twijfels die door een andere inschrijver worden geuit.

4 De beoordeling

4.1. Het onderwerp van dit kort geding is een meervoudig onderhandse aanbesteding van theateradviesdiensten door de gemeente. Ter zitting heeft de voorzieningenrechter aan PBTA gevraagd of haar grieven alleen zijn gericht tegen de voorselectie van gegadigden of ook tegen het ontbreken van selectiecriteria waaraan inschrijvende ondernemers behoren te voldoen. Volgens PBTA gaat het haar niet om het ontbreken van selectiecriteria. Haar pijlen richten zich uitsluitend op de wijze van voorselectie van ondernemers die door de gemeente zijn uitgenodigd om een offerte uit te brengen. Die afbakening betekent onder meer dat de voorzieningenrechter niet toekomt aan de vraag of alle inschrijvingen tijdig zijn ingediend en of die inschrijvingen geldig zijn. Ook komt de voorzieningenrechter niet toe aan de vraag of de laagste prijs het doorslaggevende criterium mag zijn bij een aanbesteding op basis van de economisch meest voordelige inschrijving, noch aan de vraag of Sifapro B.V. beschikt over de vereiste kennis en ervaring om de gevraagde diensten te kunnen verlenen.

4.2. De kern van het betoog van PBTA is dat zij op basis van het Inkoopprotocol 2009 van de gemeente mocht verwachten dat de geselecteerde gegadigden voldoen aan de normen van ONRI en ISO 9001 en dat zij beschikken over de betreffende certificeringen. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter spoort deze stelling niet met het feit dat de gemeente in haar uitvraagbrief van 29 juli 2016 niet verwijst naar haar Inkoopprotocol 2009 maar naar de opvolgende Algemene Inkoopvoorwaarden van 21 januari 2013 met nummer 03/2013, waarin het huidige inkoop- en aanbestedingsbeleid van de gemeente is neergelegd. In haar antwoord op vraag 15 in de nota van inlichtingen verwijst de gemeente nogmaals naar de Algemene Inkoopvoorwaarden met nummer 03/2013, niet naar het Inkoopprotocol 2009. In de aanbestedingsstukken wordt het Inkoopprotocol 2009 nergens genoemd.

4.3. Volgens PBTA leidde de link in de uitvraagbrief van 29 juli 2016 rechtstreeks naar het Inkoopprotocol 2009. Die stelling wordt door de gemeente betwist. Overigens betekent het linken naar een document dat niet in de aanbestedingsdocumenten wordt genoemd nog niet dat een gegadigde er zonder meer op mag vertrouwen dat het betreffende document van toepassing is op de aanbesteding. Dat geldt temeer indien het gelinkte document regels bevat die conflicteren met regels in een document dat uitdrukkelijk van toepassing is verklaard. De voorzieningenrechter constateert dat PBTA aan de gemeente geen vraag heeft gesteld over de toepasselijkheid van het Inkoopprotocol 2009, noch over de strijdigheid van dat protocol met het beleid volgens de Algemene Inkoopvoorwaarden met nummer 03/2013. Wel heeft PBTA een vraag (vraag 27 in de nota van inlichtingen) gesteld over de toepasselijkheid van ONRI en ISO 9001. Op die vraag heeft de gemeente geen bevestigend antwoord gegeven. De voorzieningenrechter kan uit niets opmaken dat de gemeente het Inkoopprotocol 2009 of de eis van certificering volgens ONRI en ISO 9001 van toepassing heeft verklaard. Daarom wordt de gevolgdde aanbestedingsprocedure hierna alleen getoetst aan de Algemene Inkoopvoorwaarden met nummer 03/2013. Het vertrouwen dat PBTA stelt dat bij haar is gewekt is, gelet op het vorenstaande, geen gerechtvaardigd vertrouwen.

4.4. Op grond van artikel 1.4 lid 1, aanhef en onder a, van de Aanbestedingswet moet de gemeente kunnen motiveren waarom zij voor de onderhavige opdracht heeft gekozen voor een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure. In dat verband verwijst de gemeente naar haar beleid zoals neergelegd in paragraaf 5.5 en in paragraaf 6.1 van haar Algemene Inkoopvoorwaarden met nummer 03/2013. PBTA betwist niet dat de gemeente dat beleid heeft gevolgd.

4.5. Een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure is gebonden aan weinig regels. Wat betreft de voorselectie van ondernemers oordeelt de Hoge Raad in een arrest van 25 maart 2016 (gepubliceerd als ECLI:NL:HR:2016:503) dat de aanbestedende dienst in een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure vrij is om de partijen te selecteren die hij tot de procedure wenst toe te laten. Wel moet hij op grond van artikel 1.4 lid 1, aanhef en onder b, van de Aanbestedingswet kunnen motiveren dat hij de benaderde ondernemers heeft geselecteerd op basis van ob-

jectieve criteria. Toereikend zijn bijvoorbeeld ervaring in de desbetreffende sector of omvang van de onderneming. Zelfs loting is toegestaan als objectief criterium.

4.6. In dat verband verwijst de gemeente allereerst naar de uitvraagbrief van 29 juli 2016, waarin staat dat de drie benaderde ondernemers door haar zijn geselecteerd op basis van vereiste minimale kwaliteit en het feit dat de werkzaamheden eenduidig en volledig zijn beschreven in het Programma van Eisen. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter stelt PBTA terecht dat uit die motivering niet blijkt naar welke kwaliteiten van de ondernemers de gemeente feitelijk heeft gekeken. Dat blijkt evenmin uit het antwoord van de gemeente op de vragen 26 en 27 in de nota van inlichtingen.

4.7. Ter zitting motiveert de gemeente haar selectie aldus dat zij niet zomaar iets heeft gedaan. Zij stelt dat zij een voorkeur had voor ondernemers die al eerder voor haar hebben gewerkt. Zowel PBTA als Sifapro B.V. hebben al eens voor de gemeente gewerkt, zelfs op hetzelfde project (al hebben zij volgens PBTA toen niet dezelfde werkzaamheden verricht), en de ervaring en referenties van PBTA en Sifapro B.V. zijn bij de gemeente bekend. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter blijkt uit deze toelichting genoegzaam op basis van welk objectief criterium de gemeente de drie gegadigde ondernemers heeft geselecteerd. Of dat criterium garandeert dat de geselecteerde ondernemers beschikken over voldoende kennis en ervaring om de opdracht met succes te kunnen vervullen, doet niet ter zake.

4.8. Resumerend heeft de gemeente op grond van haar aanbestedingsbeleid kunnen kiezen voor een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure. Op de zitting heeft zij gemotiveerd welk objectief criterium haar keuze voor de drie geselecteerde ondernemers heeft bepaald. De stellingen van PBTA geven geen aanleiding de gunning van de opdracht aan Sifapro B.V. te verbieden. De voorkeuren zullen dan ook worden afgewezen.

4.9. Als de in het ongelijk te stellen partij zal PBTA worden veroordeeld in de kosten van dit geding. De kosten aan de zijde van de gemeente worden begroot op:

- griffierecht € 619,00
 - overige kosten 0,00
 - salaris advocaat 816,00
- Totaal € 1.435,00.

Tegen de door de gemeente gevorderde rente en nakosten voert PBTA geen verweer. Ook die zulen worden toegewezen.

5 De beslissing

De voorzieningenrechter:

5.1. wijst de vorderingen af;

5.2. veroordeelt PBTA in de proceskosten, gevalen aan de zijde van de gemeente en tot op heden begroot op € 1.435,00, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag met ingang van de vijftiende dag na betekening van dit vonnis tot de dag van volledige betaling;

5.3. veroordeelt PBTA in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 131,00 aan salaris advocaat, te vermeerderen, onder de voorwaarde dat PBTA 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 over de nakosten met ingang van veertien dagen na de betekening van dit vonnis tot aan de dag van algehele voldoening;

5.4. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

37

Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag
12 februari 2015, nr. C-09-479579-KG ZA
14-1548, ECLI:NL:RBDHA:2015:16289
(mr. Van Ham)

(On-)geldigheid inschrijving. Voorwaardelijke inschrijving. Besteksconforme inschrijving.

[Aanbestedingsreglement Werken
2012 art. 2.22.1, 2.22.2; Standaard RAW
2010 art. 01.01.03]

De gemeente Den Haag (hierna: de gemeente) heeft een nationale openbare aanbesteding georganiseerd voor het aanbrengen van ondergrondse restafvalcontainers (ORAC's).

Eiseres heeft ingeschreven op de aanbesteding. Bij brief van 11 december 2014 heeft de gemeente eiseres bericht dat haar inschrijving ongeldig is verklaard, aangezien deze wordt aangemerkt als een voorwaardelijke inschrijving en daarom op

grond van de artikelen 2.22.1 en/of 2.22.2 Aanbestedingsreglement Werken 2012 als ongeldig dient te worden aangemerkt.

De kern van het geschil is of de gemeente de inschrijving van eiseres terecht ongeldig heeft verklaard.

De gemeente stelt zich op het standpunt dat de inschrijving van eiseres als een voorwaardelijke inschrijving, dan wel als een aanbod onder voorbehoud moet worden aangemerkt. Volgens de gemeente volgt uit de door eiseres gegeven antwoorden dat zij zich niet onvoorwaardelijk wenst te committeren aan het bestek en de contractssystematiek, althans dat zij daarover te veel onzekerheid laat bestaan. Volgens de gemeente weigert eiseres in een significant deel van haar antwoorden bij herhaling onvoorwaardelijk en instemmend te verklaren, waarmee zij de situatie creëert dan wel laat bestaan dat haar inschrijving als ongeldig is aangemerkt.

Naar het oordeel van de voorzieningenrechter heeft de gemeente de inschrijving van eiseres terecht op één van de in die brief genoemde onderdelen ongeldig verklaard. Met de gemeente is de voorzieningenrechter van oordeel dat eiseres voor wat betreft bestekspost 301110 niet besteksconform heeft ingeschreven. Daartoe wordt als volgt overwogen.

Bij de in deze aanbesteding gehanteerde RAW-systematiek wordt gebruik gemaakt van een inschrijfstaat. In artikel 01.01.03 van de Standaard 2010 is bepaald hoe de inschrijfstaat moet worden ontleed. In lid 2 van dit artikel is bepaald dat in de prijs per eenheid moeten zijn begrepen alle kosten die voor het tot stand brengen van de resultaatsverplichting moeten worden gemaakt, zij het met uitzondering van de in lid 3 genoemde kosten. In lid 3 is vervolgens bepaald dat in een prijs per eenheid, respectievelijk in een totaalbedrag van een resultaatsverplichting niet zijn begrepen de eenmalige kosten, uitvoeringskosten, algemene kosten, winst en risico. Deze kosten dienen na het subtotale te worden opgenomen in de desbetreffende posten van de ontleding van de aannemingsom.

Vaststaat dat eiseres bij bestekspost 301110 op haar inschrijfstaat een bedrag van € 10,- heeft ingevuld. In het Raambestek wordt een specificatie gegeven van de werkzaamheden die in deze stuksprijs inbegrepen dienen te zijn. Daarbij wordt aangegeven dat de te treffen voorziening dient te worden uitgevoerd door middel van bekisting met grondkerende schotten aan vier zijden van de put of sleuf. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter valt hieruit af te leiden dat beoogd is dat

er aan vier zijden grondschotten worden geplaatst en dat deze vier schotten onderdeel uitmaken van de totaal in rekening te brengen prijs. Onder verwijzing naar het bepaalde in artikel 01.01.03 Standaard 2010 had het op de weg van eiseres gelegen in de stuksprijs niet alleen de prijs per grondschot te noemen, nu dit niet het geheel aan de op voorhand te voorziene werkzaamheden dekt. Dat in de staat van fictieve hoeveelheden deze omschrijving van werkzaamheden ontbreekt, maakt niet dat eiseres er vanuit mocht gaan dat zij enkel kon inschrijven met de prijs van een enkel grondschot. Eiseres heeft in dat kader ter zitting nog betoogd dat zij deze post zonder enige voorwaarde heeft geprijsd op een bedrag van € 10,- en dat zij daaraan in juridische zin ook gebonden is. Volgens eiseres betekent dit geenszins dat haar inschrijving ongeldig kan worden verklaard, zelfs niet indien zou blijken dat de aanname van eiseres onjuist zou zijn dat het om een prijs per stuk zou gaan. Dit betoog wordt verworpen. Zoals gezegd is in het Raambestek duidelijk omschreven dat het betreft een bekisting met aan vier zijden van de sleuf een schot, zodat eiseres niet op de juiste wijze heeft ingeschreven door enkel uit te gaan van één in plaats van vier grondschotten. Naar aanleiding van de door de gemeente op dit punt gestelde vragen heeft eiseres ook expliciet aangegeven dat zij uitgaat van een prijs per zijde, hetgeen niet aansluit op hetgeen de gemeente heeft gevraagd. Dit maakt dat er vanuit moet worden gegaan dat eiseres geen kostendekkende aanbieding heeft gedaan en dat eiseres in strijd met de aanbestedingsstukken heeft ingeschreven. Op grond van hetgeen is bepaald in artikel 2.22.1 Aanbestedingsreglement Werken 2012 is de inschrijving van eiseres door de gemeente op goede grond ongeldig verklaard. De overige punten die volgens de gemeente tot een ongeldige inschrijving hebben geleid behoeven daarmee geen verdere bespreking.

Conclusie

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

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [eiseres], gevestigd te [vestigingsplaats], eiseres, advocaat mr. R. Smith te Rotterdam, tegen: de publiekrechtelijke rechtspersoon Gemeente Den Haag, zetelend te Den Haag, gedaagde, advocaat mr. M.R. Paats te Den Haag.

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

38

Voorzieningenrechter Rechtbank Gelderland
17 oktober 2017, nr. C/05/324328/KG ZA 17-382,
ECLI:NL:RBGEL:2017:6614
(mr. Boonekamp)

Dynamisch aankoopstelsel. Rechtsverwerking. Herbeoordeling. Interview.

De Provincie heeft op 3 mei 2016 de "Selectieleidraad Werken in Gelderland, Dynamisch aankoopstelsel" gepubliceerd.

Eiseres is werkzaam als subsidieadviseur via haar eenmanszaak. In deze hoedanigheid heeft eiseres voor de Provincie tot 1 september 2017 de opdracht uitgevoerd om werkzaamheden voor de provincie te verrichten als subsidieadviseur.

Binnen de (subsidieafdeling van de) Provincie vinden op dit moment organisatorische veranderingen plaats, waarbij de Provincie zich voorbereidt op nieuwe ontwikkelingen en een andere manier van werken. In dat verband heeft de Provincie een zogenaamde Kwaliteitsgroep opgericht, waarvan eiseres enige tijd deel heeft uitgemaakt.

Eiseres heeft bij de Provincie op enig moment een verzoek tot toelating tot het platform WerkenInGelderland gedaan en deze toegang ook verkregen. De Provincie heeft via het platform op 22 juni 2017 de opdracht "017511 Subsidie adviseur (2x)" aangekondigd. Eiseres heeft op de opdracht ingeschreven en is uitgenodigd voor een interview. Uiteindelijk wordt de opdracht gegund aan andere kandidaten.

De bezwaren van eiseres hebben kort gezegd betrekking op de beoordelingsystematiek en op het verloop van de interviews.

Proactieve opstelling

Vaststaat dat eiseres zich als ondernemer heeft aangemeld voor toelating tot het platform *WerkenInGelderland* en dat zij daartoe ook is toegelaten. Eiseres heeft zich akkoord verklaard met de door de Provincie gehanteerde sets algemene voorwaarden. Hieruit vloeit een op eiseres rustende contractuele verplichting voort om zich proactief op te stellen en door haar geconstateerde onduidelijkheden en vaagheden in de Offerteaanvraag tijdig aan de Provincie kenbaar te maken, op straffe van verlies van het recht om dat later alsnog te doen. Uit de stellingen van eiseres blijkt dat zij bezwaren heeft tegen de beoordelingsystematiek. Niet in geschil is dat eiseres deze door haar geconstateerde onduidelijkheden en vaagheden in de Offerteaanvraag eerst aan de Provincie kenbaar heeft gemaakt op het moment dat de inschrijftermijn reeds was gesloten en zelfs nadat de Provincie een voorlopige gunningsbeslissing had genomen. Geconstateerd moet dan ook worden dat eiseres zich niet proactief heeft opgesteld als bedoeld in de van toepassing zijnde algemene voorwaarden en zij het daardoor voor de Provincie onmogelijk heeft gemaakt om eventuele onduidelijkheden in de aanvraag nog voor het sluiten van de inschrijftermijn te verduidelijken of aan te passen. Dit leidt ertoe dat eiseres haar bezwaren niet tijdig heeft geuit en dat in deze kort gedingprocedure niet alsnog kan doen.

Interviewfase

Wat niet geraakt wordt door de contractuele verplichting van eiseres om proactief te handelen, zijn haar bezwaren tegen de wijze waarop de interviewfase in deze aanbestedingsprocedure is verlopen. De wijze van verloop daarvan kon haar immers pas bekend zijn nadat het interview bij haar was afgenomen.

Als onweersproken staat vast dat twee van de zes geïnterviewde kandidaten tijdens het afnemen van de interviews reeds voor de Provincie werkzaam waren als subsidieadviseur. Daarmee bestond binnen de Provincie ten aanzien van twee van de kandidaten voorkennis met betrekking tot hun functioneren als subsidieadviseur binnen de organisatie van de Provincie. Om te zorgen dat iedere kandidaat toch op dezelfde wijze door de beoordelingscommissie zou worden bevestigd die een objectieve vergelijking mogelijk zou maken, dienen hogere eisen te worden gesteld aan de voorberei-

ding van de verschillende interviews. Temeer ook omdat de beoordelingscommissie uit directe collega's van (in ieder geval) eiseres bestond. Op grond van hetgeen namens de Provincie ter zitting is verklaard, moet ervan worden uitgegaan dat het interview van eiseres op de wijze als door eiseres is toegelicht heeft plaatsgevonden. Dit houdt in dat haar interview in overwegende mate en voor een belangrijk deel over de op handen zijnde veranderingen binnen de organisatiestructuur van de Provincie is gegaan alsmede over de wijze waarop zij daar gezien haar deelname aan de Kwaliteitsgroep persoonlijk tegenover staat en niet zozeer over de werkzaamheden van subsidieadviseur als zodanig. Daar waar de opdracht gericht is op het contracteren van twee (nagenoeg fulltime werkende) subsidieadviseurs voor een periode van ten minste anderhalf jaar, had eiseres mogen verwachten dat het interview ook werkelijk zou gaan over het werk van subsidieadviseur en daarmee verband houdende taken en werkzaamheden. Aan de Provincie moet weliswaar worden toegegeven dat het werk van een subsidieadviseur in haar organisatie niet geïsoleerd en los van die organisatie als zodanig kan plaatsvinden, zodat op zichzelf begrijpelijk is dat in die context ook naar eventuele neventaken, minder werk gerelateerde onderwerpen en algemenere organisatorische onderwerpen is gevraagd, maar dat moet niet zover gaan dat het gesprek in overwegende mate daarover gaat in plaats van over de uitgezette functie(s) inhoudelijk. Dit temeer, omdat eiseres enkel op toevallige wijze in de Kwaliteitsgroep die rechtstreeks verband houdt met de transitie die binnen de Provincie gaande is terecht is gekomen en die vragen aldus niet standaard verband houden met de functie van subsidieadviseur en ook aan geen enkele andere kandidaat konden worden gesteld. Daarbij komt dan nog dat blijkens hetgeen ter zitting is verklaard de op handen zijnde transitie tegenstellingen oproept binnen de afdeling subsidieverlening ten aanzien van de werkwijze bij subsidieverlening en eiseres daarin verzeild is geraakt, hoewel dat buiten haar eigenlijke opdracht viel.

De wijze waarop de voorbereiding en de interviews thans heeft plaatsgevonden, bevat naar het oordeel van de voorzieningenrechter onvoldoende waarborgen om een deugdelijke mogelijkheid tot vergelijking van de verschillende kandidaten te garanderen. Aangenomen moet immers worden dat de twee kandidaten die reeds voor de Provincie werkzaam zijn (geweest), althans in ieder geval eiseres, over andere onderwerpen dan het werk als subsidieadviseur zijn, althans is ondervraagd. Hierdoor is een objectieve vergelijking van de

score van de kandidaten op de verschillende competenties niet mogelijk en heeft de commissie mogelijk eerdere ervaringen met eiseres in een andere context in haar beoordeling meegewogen. Dit alles leidt tot de slotsom dat de beoordeling van de interviewfase opnieuw moet plaatsvinden onder leiding van een nieuwe beoordelingscommissie, waarvan niet meer dan één lid werkzaam is op de subsidieafdeling van de Provincie en aldus nauw met eiseres (en de andere kandidaat die bij de Provincie werkzaam (is geweest) als subsidieadviseur) heeft samengewerkt.

Beslissing

De voorzieningenrechter beveelt de Provincie de voorlopige gunningsbeslissing van 20 juli 2017 in te trekken. Indien de Provincie de opdracht nog wenst te gunnen, dient zij opnieuw interviews te houden.

[eiseres],
wonende te Hank,
eiseres,
advocaat mr. M.C.J. Meeuwssen-Dek te Middelburg,
tegen
de publiekrechtelijke rechtspersoon
PROVINCIE GELDERLAND,
gevestigd te Arnhem,
gedaagde,
advocaat mr. J.N.E. Weyne te Den Haag.

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

39

Voorzieningenrechter Rechtbank
Zeeland-West-Brabant
4 december 2017, nr. C/02/336686/KG ZA
17-692, ECLI:NL:RBZWB:2017:7935
(mr. Van Geloven)
Zie openingsnoot mr. J.W.A. Meesters

Aanbestedingsplicht. Overheidsopdracht. Overeenkomst onder bezwarende titel. Concessie.

[Richtlijn 2014/23 art. 5 lid 1; Aanbestedingswet 2012 art. 2a.1; Warmtewet art. 10, 11; Bouwbesluit]

Eteck vordert onder meer om de gemeente te verbieden tot (voorlopige) gunning van de Opdracht energievoorziening Ouverture aan DNWG over te gaan. Eteck legt aan haar vordering onder meer het volgende ten grondslag: hoewel de gemeente een aanbestedende dienst is in de zin van de Aanbestedingswet 2012 en het uitgeven van de concessie voor de energievoorziening Ouverture aanbestedingsplichtig is, heeft de gemeente geen aanbestedingsprocedure gevolgd, waardoor de belangen van Eteck op grove wijze zijn geschonden. De gemeente heeft betoogd dat zij in verband met de overeenkomst die zij met DNWG wenst te sluiten niet gehouden is een aanbestedingsprocedure aan te kondigen en te doorlopen.

Aanbestedingsplicht

De gemeente heeft betoogd dat het erom gaat dat aan DNWG niet de verplichting wordt opgelegd het WKO-systeem te exploiteren en evenmin wordt bepaald op welke wijze het systeem zou moeten worden geëxploiteerd. Hiermee is aldus de gemeente geen sprake van een bezwarende titel en daarmee evenmin van een aanbestedingsplichtige opdracht.

Eteck betoogt dat uit de bepalingen van de beoogde overeenkomst voortvloeit dat daarmee of in verband daarmee ten minste stilzwijgend van DNWG is bedongen dat zij het WKO-systeem exploiteert ten behoeve van de bewoners van Ouverture en dat gelet op de waarde daarvan sprake is van een aanbestedingsplichtige opdracht, dan wel van een opdracht met grensoverschrijdend belang.

De door de gemeente beoogde overeenkomst met DNWG wordt dan ook aangegaan vanuit de situatie dat de gemeente-eigenaar van het WKO-systeem is.

Met inachtneming van artikel 2a.1 Aw 2012, artikel 5, lid 1 van de Richtlijn 2014/23/EU en de considerans bij die Richtlijn beantwoordt de voorzieningenrechter de vraag of bij de overeenkomst van de gemeente met DNWG sprake is van een aanbestedingsplichtige concessie voor diensten ontken- nend. Er is geen sprake van a) het opdragen van het leveren van warmte met het WKO-systeem waarbij b) sprake is van een bezwarende titel.

Bouwbesluit en bouwverordening bieden gemeen- ten een grondslag om bewoners te verplichten tot aansluiting op een warmtenet. Dat kan aansluiting op een publiek net of een collectief net zijn. In dit geval heeft de gemeente verplicht tot aansluiting op een collectief net. Dit brengt geen verplichting voor de gemeente jegens de bewoners mee tot levering van warmte. Gesteld noch gebleken is voorts dat de gemeente zich bij overeenkomst je- gens de bewoners tot levering van warmte heeft verplicht. De Warmtewet roept een zorgplicht voor de overheid in het leven dat een aangesloten be- woner warmte verkrijgt. Ook de omstandigheid dat de gemeente de bewoners heeft verplicht tot aansluiting op het collectief net brengt deze zorg- plicht mee. De Warmtewet of de overeenkomst tussen gemeente en de bewoners schept echter geen plicht voor de gemeente om zelf die warmte te leveren. Er bestaat dan ook geen warmtelever- ingsplicht voor de gemeente. De gemeente is evenmin een speciale-sectorbedrijf als bedoeld in de bovenvermelde considerans van de Richtlijn die als taak energievoorziening heeft. Dat brengt mee dat geen sprake is van een dienst tot het leve- ren van warmte die door de gemeente zou moeten worden verleend voor haar rekening en risico, en die nu door een ander, DNWG, in opdracht van de gemeente op zich wordt genomen. De overeen- komst tussen de gemeente en DNWG kent geen bepalingen die voor de gemeente afdwingbaar maken dat DNWG onder specifieke voorwaarden in warmte via het WKO-systeem voorziet. Dat DNWG, wanneer zij het WKO-systeem exploiteert de Warmtewet in acht moet nemen is niet een voorwaarde die de gemeente op grond van de overeenkomst kan afdwingen. Het is de Minister, die onder de voorwaarden van artikel 10 van de Warmtewet een vergunning kan verlenen en die op grond van artikel 11 van de Warmtewet de sanctie van intrekking van de vergunning aan het niet naleven van de Warmtewet kan verbinden,

met als gevolg dat de gemeente een beroep op ontbinding van de overeenkomst met DNWG kan doen.

De overeenkomst tussen de gemeente en DNWG heeft wel tot gevolg dat DNWG in staat wordt ge- steld het WKO-systeem te exploiteren en wel voor haar rekening en risico, althans in hoofdzaak voor haar rekening en risico voor zover de gemeente besluit enige financiële bijdrage aan onderhoud van het WKO-systeem te leveren. Dit gebeurt ech- ter niet doordat bij de overeenkomst de dienst te- gen bezwarende titel aan haar wordt overgedragen als bedoeld in de Richtlijn en de AW 2012.

De overeenkomst tussen de gemeente en DNWG heeft alle trekken van de in de considerans van de Richtlijn vermelde van aanbesteding uitgesloten overeenkomsten. Dit geldt doorgaans voor pacht- overeenkomsten voor publieke domeinen of grond, die in het algemeen clausules bevatten betreffende de inbezitneming door de pachter, het gebruik van het gepachte, de verplichtingen van pachter en verpachter met betrekking tot het onderhoud van het gepachte, de looptijd van de overeenkomst en de teruggave van het gepachte aan de verpachter, de pacht prijs en de door de pachter te betalen bij- komende kosten.

De overeenkomst kan ook niet worden aangemerkt als een concessieopdracht voor werken omdat niet wordt voldaan aan de definitie daarvoor.

De slotsom op basis van aan de voorzieningenrech- ter in dit kort geding bekende feiten en omstandig- heden moet zijn dat met de overeenkomst tussen de gemeente en DNWG geen sprake is van een aanbestedingsplichtige opdracht.

Beslissing

De voorzieningenrechter wijst de vorderingen af.

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

ETECK ENERGIE BEDRIJVEN BV,

2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

ETECK WARMTE OUVERTURE BV,

gevestigd te Waddinxveen,

eiseres,

advocaat mr. A.D. Lindenberg,

tegen

de publiekrechtelijke rechtspersoon

GEMEENTE GOES,

zetelend te Goes,

gedaagde,

advocaat mr. S. Verschuur.

Partijen zullen hierna ook Eteck en de gemeente genoemd worden.

1 De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het tussenvonnissen van 17 november 2017, met alle daarin genoemde stukken,
- de antwoord akte productie, van de zijde van Eteck, ter griffie ingekomen op 22 november 2017,
- het faxbericht van de zijde van de gemeente, ter griffie ingekomen op 23 november 2017,
- de faxberichten van de griffier van deze rechtbank d.d. 24 november 2017,
- de antwoordakte van de zijde van de gemeente, ter griffie ingekomen op 29 november 2017.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2 De feiten

2.1. Op grond van de niet of onvoldoende weersproken stellingen en de overgelegde producties wordt uitgegaan van de navolgende feiten:

- Eteck houdt zich bezig met beheer en exploitatie van duurzame, collectieve, decentrale installaties waarmee warmte, koude of beide wordt geleverd (hierna: WKO-systemen).

- De gemeente heeft met (de voorganger van) Eteck Energie Bedrijven BV op 28 november 2001 de Samenwerkingsovereenkomst Warmtesysteem Ouverture Goes (hierna: de SOK) gesloten. In de SOK is onder andere het volgende overeengekomen:

“(…) **Artikel 1. Doel van de samenwerking**

De samenwerking heeft als doel te komen tot een efficiënte, duurzame en economische aantrekkelijke warmtelevering voor Ouverture. Het door de gemeente gekozen en door Essent aan te leggen warmtesysteem bestaat uit een gemeenschappelijk

bronwaternet met aquifers, warmtewisselaars, regelapparatuur, individuele combiwarmtepompen met koeling, een pompgebouw en alle andere werken, hierna aangeduid als het “warmtesysteem”. Dit warmtesysteem wordt zodanig uitgevoerd dat daarmee tevens gekoeld kan worden.

Artikel 2. Gunning

De gemeente gunt hierbij Essent het exclusieve recht om in Ouverture een warmtesysteem aan te brengen, te beheren en te exploiteren. De grenzen van het gunningsgebied worden aangegeven op de kaart in bijlage 5. Tijdens de duur van de overeenkomst is Essent de eigenaar van het warmtesysteem.

(…)

Artikel 8. Duur van de overeenkomst

Deze overeenkomst gaat in op het moment van ondertekening en zal aflopen op 31 december 2017. De gemeente en Essent zullen tijdig voor het aflopen van deze overeenkomst onderzoeken of de overeenkomst voortgezet wordt, voor een nader te definiëren periode, of dat de overeenkomst ontbonden wordt. Mocht de overeenkomst ontbonden worden dan wordt het warmtesysteem tegen economische restwaarde verkocht aan de gemeente. De economische restwaarde wordt in dat geval bepaald door een door partijen in onderling overleg aan te wijzen deskundige.

Indien op 31 december 2017 geen besluit is genomen over voortzetting of ontbinding van deze overeenkomst zullen partijen gehouden worden aan voortzetting van hun verplichtingen zoals beschreven is in deze overeenkomst.

(…)

Artikel 10. Ontbindende voorwaarden / beëindiging

Deze overeenkomst eindigt op de in artikel 8 genoemde einddatum van de overeenkomst. Na beëindiging van deze overeenkomst zullen beide partijen alles doen, nalaten en gedogen wat met het oog op redelijke belangen van de wederpartij gevraagd mag worden. Opzegging laat onverlet de aanspraak op vergoeding van kosten, schade en interessen als daar aanleiding voor is.”

• *De gemeente heeft met Eteck Energie Bedrijven BV op 8 april 2014 de Intentieovereenkomst verlenen exploitatie Warmtesysteem Ouverture (hierna: de Intentieovereenkomst) gesloten, met als doel het verlengen van de SOK na 31 december 2017 voor een periode van minimaal 15 jaar.*

• *Bij brief d.d. 25 november 2016 heeft de gemeente o.a. het volgende aan (een dochteronderneming van) Eteck medegedeeld:*

“De gemeente en Eteck zijn al diverse jaren in gesprek over een voortzetting van de Samenwerkingsovereenkomst, zonder dat er vooruitgang wordt geboekt. Eteck heeft zelf reeds eerder (bij brief van 27 september 2016) aangegeven dat deze gesprekken niet hoopvol stemmen en de schijn wekken dat de inzichten te ver uiteen liggen om tijdig tot overeenstemming te komen. Nu Eteck de bespreking van donderdag 10 november jl. heeft afgezegd, maakt de gemeente hieruit op dat er aan de zijde van Eteck geen intentie meer bestaat om te streven naar een contractverlenging van de Samenwerkingsovereenkomst.

De gemeente is dan ook tot het besluit gekomen om de Intentieovereenkomst van 8 april 2014 te beëindigen, conform artikel 11 van de Intentieovereenkomst, en hierbij wordt de Intentieovereenkomst dan ook beëindigd.”

- Bij aangetekende brief van 20 januari 2017 heeft de gemeente o.a. het volgende aan (een dochteronderneming van) Eteck medegedeeld:

“(…)Met de beëindiging van de Intentieovereenkomst is het traject van samenwerking tussen Eteck en de gemeente, die ertoe diende om te bezien of en onder welke voorwaarden de SOK eventueel zou kunnen worden verlengd, beëindigd. Hierbij berichten wij u dat de gemeente na zorgvuldige beraadslaging heeft besloten dat de gemeente de Samenwerkingsovereenkomst Warmtesysteem Ouverture Goes d.d. 28 november 2001 (de “SOK”) niet zal verlengen met een nieuwe periode na 31 december 2017, conform artikel 8 van de SOK.

Voor zover de SOK in de bewoordingen van artikel 8 van de SOK dient te worden ontbonden, dan geldt deze brief voorts als een ontbinding van de SOK, maar enkel op de datum van 31 december 2017, zodat de SOK onder alle omstandigheden van kracht blijft tot en met 31 december 2017.

Procesvoorstel afwikkeling samenwerking
De gemeente en Eteck dienen in onderling overleg voorbereidingen te treffen om:

- a) de exploitatie van de WKO te beëindigen en de WKO over te dragen aan de gemeente en de daarvoor relevante documenten op te stellen, zoals een koopovereenkomst en een akte van levering;
- b) de economische restwaarde van de WKO te bepalen, op de wijze zoals is voorzien in artikel 8 van de SOK, namelijk door een door partijen in onderling overleg aan te wijzen deskundige;
- c) te bespreken tegen welke voorwaarden Eteck in een eventuele overgangperiode die samenhangt met het overstappen naar een alternatief systeem

na 31 december 2017 de exploitatie van de WKO nog tijdelijk zal voortzetten, zie artikel 10 van de SOK.”

- Bij brief d.d. 24 februari 2017 heeft de gemeente o.a. het volgende aan (een dochteronderneming van) Eteck medegedeeld:

“(…)Eteck is elk overleg met de gemeente, om een lagere bijdrage van de gemeente en de bewoners te bespreken, uit de weg gegaan. Dat betekent dat de gemeente genoodzaakt is over te stappen op een alternatieve wijze van warmtevoorziening of een andere exploitant. De gemeente is thans doende, in overleg met de bewoners, in kaart te brengen wat de mogelijkheden zijn.

Uw recente stellingen in de berichten aan de bewoners, dat u de bewoners een aantrekkelijk voorstel zou kunnen doen, verbazen ons tegen deze achtergrond ten zeerste. U heeft immers nooit eerder aan ons een goed onderbouwd voorstel kunnen doen, waarin de financiële bijdrage van de bewoners en de gemeente acceptabel zou kunnen zijn.

Gelet op uw stellingname dat u in staat zou zijn een goed voorstel te doen nodigen wij u hierbij nog éénmaal uit dat voorstel toe te lichten aan ons. Wij verwachten dan dat u inzichtelijk maakt:

- De kosten en bijdragen die u van de bewoners verlangt, inclusief een tariefstructuur;
- De kosten en bijdragen die u van de gemeente verlangt;
- Inzicht in de duur van de exploitatieperiode; en
- Inzicht in de door u te verrichten investeringen in het warmtesysteem..”

• Bij e-mailbericht van 6 maart 2017 heeft Eteck haar voorstel, dat onder andere uitgaat van een 15 jarige voorzetting van de exploitatie, ingaande op 1 januari 2018, doorgegeven aan de gemeente.

• Bij e-mail van 4 mei 2017 heeft de gemeente aan Eteck een bijlage verstuurd waarin een vergelijking tussen (de) vier aan de bewoners aangeboden opties wordt gegeven. De vier genoemde opties betreffen: Collectieve WKO geëxploiteerd door Eteck, Collectieve WKO geëxploiteerd door DNWG Intra (hierna: DNWG), Individueel systeem met bodemlussen (bodemgekoppelde warmtepomp) en Individueel systeem met lucht-water-warmtepomp. Bij elke optie zijn een omschrijving van het systeem, aanvullende aspecten behorende bij de optie, de voor- en nadelen, de kosten en het vervolgproces genoemd.

- In het verslag van de vergadering d.d. 15 juni 2016 is door het college van B&W

Van de gemeente onder andere het volgende opgenomen:

(...) Overall conclusie en voorstel

De kosten voor de bewoners én de gemeente zijn bij de optie DNWG Infra het laagst. Ook wanneer de voorziene risico's voor de gemeente werkelijkheid zouden worden, dan blijft deze optie voor de gemeente de meest gunstige optie. Ook ten aanzien van het draagvlak onder de bewoners steekt deze optie er met kop en schouders boven uit.

Het college heeft op 23 mei 2017 besloten te kiezen voor de optie DNWG Infra: deze sluit het best aan bij de wensen van de bewoners en de financiële draagkracht van de gemeente. De raad wordt voorgesteld om in te stemmen met het collegebesluit om een overdracht van de collectieve WKO-installatie in Ouverture aan DNWG Infra te bewerkstelligen.

- De raad van de gemeente heeft op 15 juni 2017 het volgende besluit genomen:

“De raad van de gemeente Goes;

b e s l u i t:

1. In te stemmen met het collegebesluit om een overdracht van de collectieve WKO- installatie in Ouverture aan DNWG-infra te bewerkstelligen.

Aldus vastgesteld door de raad van de gemeente Goes in zijn openbare vergadering van 15 juni 2017.”

- In de [memo] van de gemeente d.d. 19 mei 2017 is onder andere het volgende opgenomen:

[alinea]

- Bij brief van 12 juni 2017 heeft de raadsman van Eteck de gemeente geïnformeerd dat DNWG bevoordeeld werd en de biedingen op basis van ongelijke uitgangspunten zijn opgesteld en daarom niet vergelijkbaar zijn. Daarnaast is namens Eteck formeel bezwaar gemaakt tegen de gevolgd procedure en de handelswijze van de gemeente.

- De gemeente heeft bij brief van 7 juli 2017 als volgt gereageerd:

“Uitgangspunten bij gunning

In onze brief van 26 juni 2017 hebben wij uiteengezet welke voorwaarden de gemeente heeft gesteld ter zake van de overdracht van het warmte-systeem aan Netwerkgroep Infra B.V. (DNWG) :

- Er dient sprake te zijn van een exploitatieperiode van 30 jaar; en

- De Warmtewet dient in acht te worden genomen. Deze voorwaarden wijken niet af van de voorwaarden die de gemeente heeft gesteld in het kader van de gesprekken over de verlenging van de raamover-

eenkomst. De gemeente volgt Eteck dus niet in haar stelling dat zij anders zou zijn behandeld dan DNWG.”

- Bij brief d.d. 11 augustus 2017 heeft de gemeente o.a. het volgende aan Eteck medegedeeld:

“Onder verwijzing naar het voorgaande, verzoekt de gemeente aan Eteck schriftelijk te bevestigen:

Dat Eteck zal meewerken aan de eigendomsoverdracht van het WKO-systeem aan de gemeente voor 31 december 2017 en alle handelingen zal verrichten, die ter zake de uitvoering hiervan noodzakelijk zijn; dat, in het licht van sub a) hiervoor, aan een nieuwe exploitant, in overleg, toegang wordt verschaft tot (onderdelen van) het WKO-systeem ter beoordeling van de technische staat van het WKO-systeem; dat Eteck medewerking zal verlenen bij het opstellen van de ter zake de eigendomsoverdracht van het WKO-systeem vereiste documentatie, zoals een koopovereenkomst en een akte van levering; dat Eteck medewerking zal verlenen aan de notariële handelingen, die in het kader van de eigendomsoverdracht van het WKO-systeem dienen te worden uitgevoerd;

De gemeente sommeert u om binnen tien werkdagen na heden de gevraagde bevestiging te geven, bij gebreke waarvan u in verzuim verkeert en de gemeente zich vrij acht rechtsmaatregelen te treffen om de verzochte medewerking af te dwingen.

- Bij brief van 25 augustus 2017 heeft Eteck o.a. het volgende medegedeeld aan de gemeente:

“Eteck is van mening dat zij onder gelijke omstandigheden als aan DNWG geboden een beter aanbod dan DNWG had kunnen doen en daardoor de nieuwe exploitatie aan haar gegund zou behoren te zijn. Door het handelen en nalaten van de gemeente is de nieuwe exploitatie ten onrechte niet aan Eteck gegund en lijdt Eteck daardoor schade die voorshands begroot kan worden op minstens € 1.500.000,00 berekend over een nieuwe exploitatieperiode van 30 jaar. Onder voormelde omstandigheden staat het Eteck vrij u te sommeren het bedrag ad € 1.500.000,00 binnen 14 dagen na heden over te maken. De gemeente dient de concessie aan te besteden en dient dit (voor zover noodzakelijk, en Eteck meent dat dit zo is door de gewenste gunning door de gemeente aan Delta) alsnog te doen, daar Eteck en overigens dusdoende op gelijke voorwaarden/uitgangspunten kan meedingen naar de concessie.

Graag verneem ik uiterlijk binnen 14 dagen na heden of de gemeente alsnog een aanbesteding gaat uitzetten en daarbij gaat zorgdragen voor het realiseren van een 'equal level playing field' voor de toekomstige inschrijvers op de aanbesteding."

- In het definitief concept van de Koopovereenkomst (onder)opstalrecht WKO- installatie tussen de gemeente (als verkoper) en DNWG (als koper) is o.a. het volgende opgenomen:

"C) Eteck had de WKO-installatie door middel van een opstalrecht in eigendom, welke eigendom door overdracht van het opstalrecht direct voorafgaand aan het ondertekenen van deze Overeenkomst aan Verkoper is overgedragen; (...)

D) De Gemeente heeft toen zij destijds de grond voor de woningen en appartementen verkocht, de kopers verplicht om aan te sluiten op het WKO-systeem voor levering van warmte en koude. Alternatieven, anders dan warmtepompen, zijn niet toegestaan.

E) Koper heeft aangegeven met de bewoners van Ouverture leveringsovereenkomsten te willen sluiten, waarin de voorwaarden zijn opgenomen voor de levering van warmte en koude.

F) Koper is geen partij bij de koopovereenkomst van de grond die tussen bewoners van Ouverture en de Gemeente is gesloten. Dit houdt in dat Koper geen beroep kan doen op de verplichtingen uit die overeenkomst voor de bewoners –waaronder de verplichting om de woningen in te richten op de toepassing van het WKO-systeem– die voor bedrijfsvoering van het WKO-systeem in meest brede zin van belang kunnen zijn.

G) Verkoper zal direct na het verkrijgen van het opstalrecht (als omschreven in overweging C)) ten behoeve van Koper het (Onder)opstalrecht vestigen,

H) Partijen wensen de afspraken omtrent de verkoop en de vestiging van het (Onder)opstalrecht, alsmede het feitelijk verkrijgen van de WKO-installatie, in deze Overeenkomst vast te leggen. (...)

1.1 In deze overeenkomst wordt verstaan:

(Onder)opstalrecht: het voorwaardelijke en tijdelijke (onder)opstalrecht, rechtgevend op de WKO-installatie, een en ander onder de voorwaarden als omschreven in de (Onder)opstalakte;

Overeenkomst: deze koopovereenkomst

Verkochte: het (Onder)opstalrecht ter zake van de WKO-installatie; (...)

WKO-systeem: het (onder)opstalrecht, rechtgevend op de (onderdelen van de) warmte-koude-opslag-installatie Ouverture zoals die is beschreven

in de (Onder)opstalakte, partijen genoegzaam bekend, een net zoals bedoeld in artikel 5:20 lid 2 BW. (...)

2.1 Verkoper verkoopt aan Koper, gelijk Koper koopt van Verkoper het (Onder)opstalrecht onder de voorwaarden als omschreven in deze Overeenkomst. (...)

3.1 De door Koper verschuldigde Koopprijs bedraagt € 1,-. (...)

5.2 De baten en lasten van het (Onder)opstalrecht zijn vanaf het verlijden van (Onder)opstalakte door de Notaris voor rekening van koper.

7.7 Koper zal de NUTS-aansluitingen, welke speciaal ten behoeve van de WKO-installatie zijn aangelegd, (...)handhaven en derhalve niet verwijderen.

8.2 Koper zal de in de aankomstitels van Verkoper voorkomende verplichtingen, lasten en/of beperkingen per de Vestigingsdatum uitdrukkelijk aanvaarden. Voor zover die bepalingen rechten behelzen die ten behoeve van derden moeten worden bedongen, zullen die rechten per transportdatum uitdrukkelijk door Verkoper worden bedongen en door Verkoper ten behoeve van die derden worden aanvaard.

13.3 Indien Koper het WKO-systeem wil verkopen, dan geldt daarbij dat dit pas na 15 jaar na de leveringsdatum kan en als Koper alleen de Gemeente in aanmerking komt. Waarbij geldt dat Koper verplicht is het WKO-systeem in een goed onderhouden, werkende staat, voor € 1,- terug te leveren aan de Gemeente.

13.8 De Gemeente draagt er zorg voor dat voorafgaand aan de Levering van het WKO-systeem: het WKO-systeem is geregistreerd bij het Kadaster en er een Warmteplan is vastgesteld.

15.1 Partijen zijn gedurende de termijn van 30 jaar gerechtigd om de Koopovereenkomst buitengerechtelijk te ontbinden, indien: de door de ACM aan Koper verleende vergunning voor de warmtelevering op grond van de Warmtewet wordt ingetrokken, of indien het besluit waarmee de vergunning is verleend wordt vernietigd (...)"

3 Het geschil

3.1. Eteck vordert – voor zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad – om:

Primair:

I. de gemeente te verbieden tot (voorlopige) gunning van de Opdracht energievoorziening Ouverture aan DNWG over te gaan;

II. de gemeente te verbieden te onderhandelen met DNWG aangaande de Opdracht energievoorziening Ouverture;

III. de gemeente te verbieden tot het sluiten van de overeenkomst betreffende de Opdracht energievoorziening Ouverture met DNWG over te gaan;

IV. de gemeente te gebieden, voor zover zij de Opdracht energievoorziening Ouverture nog wenst te vergeven, de Opdracht (opnieuw) aan te besteden, en Eteck in de gelegenheid te stellen een offerte te doen uitbrengen voor deze (nieuwe) Opdracht, e.e.a. met inachtneming van vigerende aanbestedingsregels- en beginselen, het vigerende Inkoop- en aanbestedingsbeleid van de gemeente en de precontractuele maatstaven van redelijkheid en billijkheid.

Subsidiair:

I. de gemeente te verbieden tot gunning van de Opdracht energievoorziening Ouverture aan DNWG over te gaan;

II. de gemeente te verbieden te onderhandelen met DNWG aangaande de Opdracht energievoorziening Ouverture;

III. de gemeente te verbieden tot het sluiten van de overeenkomst betreffende energievoorziening Ouverture met DNWG over te gaan;

IV. de gemeente te gebieden zodanige maatregelen te treffen dat het level playing field tussen inschrijvers voldoet aan de vigerende aanbestedingsregels- en beginselen, het vigerende Inkoop- en aanbestedingsbeleid van de gemeente en de precontractuele maatstaven van redelijkheid en billijkheid;

V. de gemeente te gebieden Eteck (alsnog) toe te laten een offerte te doen.

Meer subsidiair:

I. de gemeente te gebieden elke andere voorlopige voorziening na te komen die de voorzieningenrechter in goede justitie passend acht.

Zowel primair als subsidiair:

I. de gemeente te veroordelen in de proceskosten, het salaris van de advocaat van Eteck daarin begrepen.

3.2. De gemeente voert verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4 De beoordeling

4.1. Eteck legt aan haar vordering samengevat het volgende ten grondslag. Hoewel de gemeente een aanbestedende dienst is in de zin van de Aanbestedingswet 2012 en het uitgeven van de concessie

voor de energievoorziening Ouverture aanbestedingsplichtig is, heeft de gemeente geen aanbestedingsprocedure gevolgd, waardoor de belangen van Eteck op grove wijze zijn geschonden. Eteck stelt dat er geen publicatie van de aankondiging van de opdracht heeft plaatsgevonden in het Publicatieblad van de Europese Unie of op TenderNed; dat de gemeente de voorwaarden voor inschrijving en de criteria van beoordeling niet open en transparant heeft kenbaar gemaakt of gevolgd; dat de gemeente als zij al tot gunning van de opdracht zou zijn overgegaan heeft verzuimd de opschortende termijnen als bedoeld in de Aanbestedingswet in acht te nemen, dat de gemeente de gunning (nog) niet bekend heeft gemaakt op de wijze als bedoeld in artikel 2.134 en 2.138 van de Aanbestedingswet en dat de gemeente nog geen kennisgeving van het sluiten van de overeenkomst met DNWG heeft gezonden aan Eteck. Voorts stelt Eteck dat de gemeente heeft verzuimd de beginselen uit de Aanbestedingswet en uit het Inkoop- en aanbestedingsbeleid Gemeente Goes 2016 na te leven, meer in het bijzonder het beginsel van gelijke behandeling, transparantie en proportionaliteit.

4.2. De gemeente heeft betoogd dat zij met de bovenvermelde overeenkomst die zij met DNWG wenst te sluiten niet gehouden is een aanbestedingsprocedure aan te kondigen en te doorlopen.

4.3. Van het spoedeisend belang van Eteck bij toewijzing van de gevraagde voorziening is in voldoende mate gebleken en dit wordt door de gemeente overigens niet betwist. Eteck kan daarom in zoverre in haar vordering worden ontvangen.

4.4. Wat betreft het belang van de beide eisende partijen stelt de voorzieningenrechter vast dat in de bovenvermelde Intentieovereenkomst van 8 april 2014 Eteck Energie Bedrijven BV als rechtsopvolger van Essent bij de SOK is genoemd. Daarmee heeft zij belang bij de in deze procedure ingestelde vorderingen. Eteck Warmte Ouverture BV is volgens de memorie van eis in arbitraal geding van de gemeente de partij bij de SOK en de exploitant van de WKO-installatie. Dat eerste is in tegenspraak met de Intentieovereenkomst van 8 april 2014. Echter ook als exploitant heeft Eteck Warmte Ouverture BV een belang bij de ingestelde vorderingen. Bij toewijzing van de vorderingen hebben beide vennootschappen de keuze op de aanbesteding in te schrijven.

4.5. De voorzieningenrechter heeft ter zitting moeten vaststellen dat de feiten waarop Eteck zich bij het formuleren van haar stellingen in deze procedure heeft gebaseerd niet de volledige feiten zijn op basis waarvan de voorzieningenrechter dient te beoordelen of sprake is van een aanbestedingsplichtige opdracht (overeenkomst). De gemeente heeft immers ter zitting meegedeeld dat zij voornemens is een overeenkomst met DNWG te sluiten waarbij van een verplichting tot aanbesteding geen sprake is, terwijl de inhoud van die overeenkomst Eteck en de voorzieningenrechter niet bekend was. Anders dan de gemeente meent volgt uit de onder de feiten vermelde gang van zaken geenszins dat Eteck moest begrijpen dat de gemeente daarmee slechts een in de ogen van de gemeente “kale koopovereenkomst” voorbereidde. Die feiten wezen meer op de voorbereiding van een exploitatieovereenkomst of concessie dan op de voorbereiding van een “kale koopovereenkomst”. Zo is in de 4 bovenvermelde aan de bewoners voorgelegde opties vermeld dat het vervolgtraject bij de keuze voor Eteck is het opstellen van “een nieuwe overeenkomst” en bij de keuze voor DNWG is het opstellen van “een nieuwe overeenkomst” en “overdracht WKO-installatie voorbereiden”. In die fase was onder “nieuwe overeenkomst” een nieuwe samenwerkingsovereenkomst te verstaan, waarbij in de bestaande SOK verplichtingen aan Eteck in het kader van de warmtevoorziening waren opgelegd.

4.6. Nu de inhoud van de voorgenomen overeenkomst inmiddels bekend is ligt de vraag voor of hiermee sprake is van een aanbestedingsplichtige opdracht. Partijen hebben hun standpunten hierover over en weer kenbaar gemaakt.

4.7. De gemeente heeft betoogd dat het erom gaat dat aan DNWG niet de verplichting wordt opgelegd het WKO-systeem te exploiteren en evenmin wordt bepaald op welke wijze het systeem zou moeten worden geëxploiteerd. Hiermee is aldus de gemeente geen sprake van een bezwarende titel en daarmee evenmin van een aanbestedingsplichtige opdracht.

Eteck betoogt dat uit de bepalingen van de beoogde overeenkomst voortvloeit dat daarmee of in verband daarmee ten minste stilzwijgend van DNWG is bedongen dat zij het WKO-systeem exploiteert ten behoeve van de bewoners van Overture en dat gelet op de waarde daarvan

sprake is van een aanbestedingsplichtige opdracht, dan wel van een opdracht met grensoverschrijdend belang.

4.8. Artikel 2 jo 8 van de SOK strekken ertoe dat de gemeente eigenaar van het WKO-systeem wordt op het tijdstip van de beëindiging van de SOK. Dat is in dit geval per 1 januari 2018. De door de gemeente beoogde overeenkomst met DNWG wordt dan ook aangegaan vanuit de situatie dat de gemeente eigenaar van het WKO-systeem is.

4.9. Artikel 2a.1 AW 2012 bepaalt dat afdeling 2a van de AW 2012 van toepassing is op het plaatsen van concessieopdrachten voor werken of diensten door een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf. Voor beantwoording van de vraag wanneer sprake is van een aanbestedingsplichtige concessieopdracht is artikel 5, lid 1 van de Richtlijn 2014/23/EU van belang. Die bepaling luidt:

a) een „concessie voor werken”: een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel waarbij één of meer aanbestedende diensten of aanbestedende instanties werken laten uitvoeren door één of meer ondernemers, waarvoor de tegenprestatie bestaat hetzij uitsluitend in het recht het werk dat het voorwerp van de overeenkomst vormt, te exploiteren, hetzij in dit recht en een betaling;

b) een „concessie voor diensten”: een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel waarbij één of meer aanbestedende diensten of aanbestedende instanties de verrichting van diensten met uitzondering van de uitvoering van werken als bedoeld onder a) laten uitvoeren door één of meer ondernemers, waarvoor de tegenprestatie bestaat hetzij uitsluitend in het recht de diensten die het voorwerp van het contract vormen, te exploiteren, hetzij in dit recht en een betaling.

4.10. De considerans bij die Richtlijn vermeldt onder meer het volgende.

Concessies zijn overeenkomsten onder bezwarende titel waarbij één of meer aanbestedende diensten of aanbestedende instanties werken laten uitvoeren, of diensten laten verrichten en beheren, door één of meer ondernemers. Het doel van dergelijke overeenkomsten is de aanbesteding van werken of diensten door middel van een concessie, waarbij de tegenprestatie bestaat hetzij in het recht het werk of de dienst te exploiteren, hetzij in dit recht en een betaling. Een dergelijke overeenkomst kan, maar hoeft niet noodzakelijkerwijs, een overdracht van eigendom aan de aanbestedende diensten of de aanbestedende instanties inhoud-

den, maar de aanbestedende diensten of de aanbestedende instanties verkrijgen in elk geval de voordelen van de betrokken werken of diensten. Concessieovereenkomsten voorzien in wederzijds bindende verplichtingen, waarbij de uitvoering van deze werken of diensten is onderworpen aan specifieke door de aanbestedende dienst of de aanbestedende instantie gedefinieerde vereisten die juridisch afdwingbaar zijn.

Concessieovereenkomsten zijn gewoonlijk complexe langetermijnregelingen waarbij de concessiehouder verantwoordelijkheden en risico's op zich neemt die traditioneel door de aanbestedende diensten en de aanbestedende instanties worden gedragen en gewoonlijk binnen hun overeenkomst vallen.

Met de interpretatie van de begrippen concessie en overheidsopdracht samenhangende moeilijkheden hebben geleid tot aanhoudende rechtsonzekerheid bij de belanghebbenden en tot talrijke arresten van het Hof van Justitie van de Europese Unie. De definitie van concessie dient bijgevolg te worden verduidelijkt, met name door naar het concept operationeel risico te verwijzen. Het hoofdkenmerk van een concessie, het recht om de werken of diensten te exploiteren, impliceert altijd de overdracht aan de concessiehouder van een operationeel risico van economische aard met de mogelijkheid dat hij de gedane investeringen en de met het exploiteren van de gegunde werken of diensten gepaard gaande kosten onder normale exploitatieomstandigheden niet zal terugverdienen, zelfs indien een deel van het risico bij de aanbestedende dienst of de aanbestedende instantie blijft berusten. De toepassing van specifieke regels voor de gunning van concessies zou niet gerechtvaardigd zijn indien de aanbestedende dienst of de aanbestedende instantie de ondernemer van elk potentieel verlies zou ontlasten door minimuminkomsten te garanderen gelijk aan of hoger dan de gedane investeringen en de kosten die de ondernemer met betrekking tot de uitvoering van de overeenkomst dient te maken. Tegelijk moet duidelijk worden gemaakt dat bepaalde regelingen die geheel en al door een aanbestedende dienst of een aanbestedende instantie worden beloofd, als concessie moeten worden aangemerkt wanneer het terugverdienen van de investeringen en de kosten die door de exploitant voor de uitvoering van de werken of het verrichten van de

diensten zijn gemaakt, afhangt van de werkelijke vraag naar of het aanbod van de dienst of het goed.

Daarnaast mogen bepaalde overeenkomsten die tot voorwerp hebben het recht van een ondernemer om bepaalde publieke domeinen of rijkdommen te exploiteren, naar publiek- of privaatrecht, zoals grond of elk ander onroerend goed in staatsbezit, met name in de zee-, binnenhaven- of luchthavensector, waarbij de staat of de aanbestedende dienst of de aanbestedende instantie slechts algemene voorwaarden voor het gebruik ervan vaststelt zonder bepaalde werken of diensten aan te besteden, niet als concessies in de zin van deze richtlijn worden aangemerkt. Dit geldt doorgaans voor pachtovereenkomsten voor publieke domeinen of grond, die in het algemeen clausules bevatten betreffende de inbezitting door de pachter, het gebruik van het gepachte, de verplichtingen van pachter en verpachter met betrekking tot het onderhoud van het gepachte, de looptijd van de overeenkomst en de teruggave van het gepachte aan de verpachter, de pacht prijs en de door de pachter te betalen bijkomende kosten.

Bepaalde instanties zijn actief op het gebied van productie, transmissie of distributie van verwarming en koeling. Er kan onduidelijkheid bestaan over de voorschriften die van toepassing zijn op diensten in verband met verwarming en koeling. Daarom moet worden verduidelijkt dat de transmissie en/of distributie van verwarming een door bijlage II bestreken activiteit is en dat instanties die actief zijn in de sector verwarming bijgevolg onderworpen zijn aan de voorschriften van deze richtlijn die van toepassing zijn op aanbestedende instanties, voor zover zij als dusdanig worden aangemerkt. Ook instanties die werkzaam zijn in de sector koeling, zijn onderworpen aan de voorschriften van deze richtlijn die van toepassing zijn op aanbestedende instanties, voor zover zij als dusdanig worden aangemerkt. Tot slot moet worden verduidelijkt dat concessies die worden gegund voor de uitoefening van overeenkomsten op het gebied van zowel verwarming als koeling, op grond van de bepalingen inzake overeenkomsten voor de uitoefening van verscheidene activiteiten moeten worden behandeld wanneer dient te worden bepaald welke aanbestedingsvoorschriften eventueel op de gunning van deze concessies van toepassing zijn.

4.11. Met inachtneming van het vorenstaande beantwoordt de voorzieningenrechter de vraag of de gemeente met de overeenkomst met DNWG sprake is van een aanbestedingsplichtige concessie voor diensten ontkennend. Er is geen sprake van a) het opdragen van het leveren van warmte met het WKO-systeem waarbij b) sprake is van een bezwarende titel.

4.12. Bouwbesluit en bouwverordening bieden gemeenten een grondslag om bewoners te verplichten tot aansluiting op een warmtenet. Dat kan aansluiting op een publiek net of een collectief net zijn. In dit geval heeft de gemeente verplicht tot aansluiting op een collectief net. Dit brengt geen verplichting voor de gemeente jegens de bewoners mee tot levering van warmte. Gesteld noch gebleken is voorts dat de gemeente zich bij overeenkomst jegens de bewoners tot levering van warmte heeft verplicht. De Warmtewet roept een zorgplicht voor de overheid in het leven dat een aangesloten bewoner warmte verkrijgt. Ook de omstandigheid dat de gemeente de bewoners heeft verplicht tot aansluiting op het collectief net brengt deze zorgplicht mee. De Warmtewet of de overeenkomst tussen gemeente en de bewoners schept echter geen plicht voor de gemeente om zelf die warmte te leveren. Er bestaat dan ook geen warmteleveringsplicht voor de gemeente. De gemeente is evenmin een speciale-sectorbedrijf als bedoeld in de bovenvermelde considerans van de Richtlijn die als taak energievoorziening heeft. Dat brengt mee dat geen sprake is van een dienst tot het leveren van warmte die door de gemeente zou moeten worden verleend voor haar rekening en risico, en die nu door een ander, DNWG, in opdracht van de gemeente op zich wordt genomen. De overeenkomst tussen de gemeente en DNWG kent geen bepalingen die voor de gemeente afdwingbaar maken dat DNWG onder specifieke voorwaarden in warmte via het WKO-systeem voorziet. Dat DNWG, wanneer zij het WKO-systeem exploiteert de Warmtewet in acht moet nemen is niet een voorwaarde die de gemeente op grond van de overeenkomst kan afdwingen. Het is de Minister, die onder de voorwaarden van artikel 10 van de Warmtewet een vergunning kan verlenen en die op grond van artikel 11 van de Warmtewet de sanctie van intrekking van de vergunning aan het niet naleven van de Warmtewet kan verbinden, met als gevolg dat de gemeente een beroep op ontbinding van de overeenkomst met DNWG kan doen.

4.13. De overeenkomst tussen de gemeente en DNWG heeft wel tot gevolg dat DNWG in staat wordt gesteld het WKO-systeem te exploiteren en wel voor haar rekening en risico, althans in hoofdzaak voor haar rekening en risico voor zover de gemeente besluit enige financiële bijdrage aan onderhoud van het WKO-systeem te leveren. Dit gebeurt echter niet doordat bij de overeenkomst de dienst tegen bewarende titel aan haar wordt overgedragen als bedoeld in de Richtlijn en de AW 2012.

4.14. De overeenkomst tussen de gemeente en DNWG heeft alle trekken van de in de considerans van de Richtlijn vermelde van aanbesteding uitgesloten overeenkomsten. De voorzieningenrechter herhaalt: Dit geldt doorgaans voor pacht-overeenkomsten voor publieke domeinen of grond, die in het algemeen clausules bevatten betreffende de inbezitneming door de pachter, het gebruik van het gepachte, de verplichtingen van pachter en verpachter met betrekking tot het onderhoud van het gepachte, de looptijd van de overeenkomst en de teruggave van het gepachte aan de verpachter, de pachtprijs en de door de pachter te betalen bijkomende kosten.

4.15. De overeenkomst kan ook niet worden aangemerkt als een concessieopdracht voor werken omdat niet wordt voldaan aan de definitie daarvoor. De verplichting tot reparatie en onderhoud van het WKO-systeem zou kunnen worden beschouwd als dienst, maar die dienst op zichzelf gaat gelet op de overeenkomst uitsluitend gepaard met kosten en heeft dus geen waarde die tot aanbesteding moet leiden.

4.16. De slotsom op basis van aan de voorzieningenrechter in dit kort geding bekende feiten en omstandigheden moet zijn dat met de overeenkomst tussen de gemeente en DNWG geen sprake is van een aanbestedingsplichtige opdracht. De vorderingen van Eteck moeten worden afgewezen.

4.17. Eteck zal als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van de gemeente worden begroot op € 816,- voor kosten advocaat in verband met de zitting. De latere proceshandelingen aan de zijde van de gemeente zijn veroorzaakt doordat zij niet reeds ter zitting alle voor de beoordeling relevante feiten heeft aangereikt en moeten voor haar rekening blijven.

5 De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. wijst de vorderingen af,
5.2. veroordeelt Eteck in de proceskosten, aan de zijde van de gemeente tot op heden begroot op € 816,-.

40

Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag
5 december 2017, nr. C/10/536075/KG ZA
17-1083, ECLI:NL:RBROT:2017:10372
(mr. De Bruin)

[On-)geldigheid inschrijving. Herstelmogelijkheid. Knock-out criteria.

De gemeente Rotterdam heeft op 1 juni 2017 een Europese openbare aanbestedingsprocedure georganiseerd voor het contracteren van een Opleidings- en scholingsmakelaar.

Uit het voorlopige gunningsvoornemen van de gemeente Rotterdam blijkt dat de inschrijving van de Combinatie niet voor gunning in aanmerking komt, omdat niet voldaan is aan de minimumeis onder A, zoals opgenomen in paragraaf 5.6.2 van het beschrijvend document, waar wordt geëist dat een inschrijving compleet is.

De Combinatie erkent dat haar UEA niet volledig is ingevuld, maar de Combinatie acht de uitsluiting disproportioneel. Volgens de Combinatie is ten onrechte geen mogelijkheid geboden om de omissie te herstellen, door alsnog – slechts – twee vinkjes te mogen plaatsen bij het antwoord “ja”.

Geen herstel mogelijk

In de jurisprudentie wordt aanvaard dat in uitzonderlijke gevallen inschrijvingen op aanbestedingen kunnen worden verbeterd of aangevuld, met name omdat deze klaarblijkelijk een eenvoudige precisering behoeven of om kennelijke materiële fouten recht te zetten, mits deze wijziging er niet toe leidt dat in werkelijkheid een nieuwe inschrijving wordt voorgesteld. Uit het door de Combinatie genoemde SAG-arrest volgt echter dat het hierbij om een bevoegdheid van de aanbestedende dienst gaat. De gemeente Rotterdam heeft derhalve geen verplichting om het gevorderde herstel toe te laten.

Bovendien is in dit geval sprake van een knock-outcriterium. Het beschrijvend document bepaalt uitdrukkelijk dat een onvolledige inschrijving niet voor gunning in aanmerking zal komen. Uit de jurisprudentie van het HvJ-EU volgt dat indien het

voldoen aan de desbetreffende eis op straffe van uitsluiting van deelname aan de aanbesteding is voorgeschreven, herstel van het gebrek niet is toegestaan. De aanbestedende dienst is verplicht de door hem zelf gestelde eisen nauwgezet toe te passen. In plaats van een bevoegdheid tot herstel, is in dit geval, gelet op de tekst van het beschrijvend document, sprake van een verbod tot herstel. Dat betekent dat de vorderingen worden afgewezen.

Beslissing

De voorzieningenrechter wijst het gevorderde af.

1. de stichting

STICHTING RBO GRONINGEN,

gevestigd te Groningen,

2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

GILDE-BT SOFTWARE B.V.,

gevestigd te Venlo,

eiseressen,

advocaten mr. A.L. Appelman en mr. J.F. Hoff te Zwolle,

tegen

de publiekrechtelijke rechtspersoon

GEMEENTE ROTTERDAM,

zetelend te Rotterdam,

gedaagde,

advocaat mr. J.A. de Rooij te Rotterdam.

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

41

Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag
13 december 2017, nr. C-09-541484-KG ZA
17-1360, ECLI:NL:RBDHA:2017:15463
(mr. Hage)

Noot mr. P.F.C. Heemskerk en mr. C.M.C. Wagemakers

Vrijwillige aanbesteding. (On-)geldigheid inschrijving. Uitsluiting. Transparatiebeginsel. Gelijkheidsbeginsel. Rechtsverwerking. Transparantie aanbestedingsdocumenten.

De gemeente Den Haag (hierna: de gemeente) is een aanbestedingsprocedure gestart voor de uitgifte van grond in erfpacht ten behoeve van de nieuwbouw van een bedrijvengebouw.

AZ Fisheries Vastgoed Holding B.V. (hierna: AZ Fisheries), Vastint Hospitality B.V. (hierna: Vastint) en Pike Vastgoed B.V. hebben tijdig een inschrijving ingediend. Vastint heeft met 79,5 punten de hoogste totaalscore behaald en heeft derhalve de tender gewonnen. De inzending van AZ Fisheries is op de 2e plaats geëindigd.

Vooropgesteld wordt dat de uitgifte van grond in erfpacht voor de realisatie van een bedrijvengebouw geen aanbestedingsplichtige opdracht is. De Aanbestedingswet 2012 is dan ook niet van toepassing. Nu de gemeente vrijwillig een overheidsaanbesteding is gestart, dient echter wel getoetst te worden aan de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht.

De gemeente heeft zich in deze procedure op het standpunt gesteld dat de inschrijving van AZ Fisheries (had) moet(en) worden uitgesloten van deelname omdat die inschrijving niet aan de eisen voldoet. Partijen twisten in dit kader over de vraag of de door AZ Fisheries voorgestelde bebouwing binnen de grenzen van het bouwvlak blijft, zoals voorgescreven in artikel 4.2 van het Tenderdocument en antwoord 2.5 van de eerste Nota van Inlichtingen. De inhoud van deze eis staat op zichzelf buiten kijf. AZ Fisheries stelt dat haar inschrijving aan die eis voldoet.

Uit de overgelegde tekening, die was gevoegd bij de inschrijving van AZ Fisheries, volgt dat een lichtgrijs gearceerd deel van het ontwerp van AZ Fisheries buiten het bouwvlak valt. Volgens AZ Fisheries is dat deel geen bebouwing, maar overstek. Dat standpunt kan niet worden gevolgd. AZ Fisheries meldt immers zelf in de toelichting op de

tekening dat sprake is van “bebouwing in de vorm van overstek”. Daarbij komt nog dat in artikel 4.2 van het Tenderdocument staat vermeld dat (niet alleen bebouwing maar) het gehele ontwerp binnen de uitgiftegrenzen moet passen. Vaststaat dat de inschrijving van AZ Fisheries niet voldoet aan deze eis. AZ Fisheries heeft nog betoogd dat de overstek geen definitief karakter heeft, maar dat deze past binnen het bestemmingsplan en er een omgevingsvergunning voor kan worden aangevraagd. Dat de overstek een voorlopig karakter heeft, volgt echter niet uit de overgelegde tekening, nog afgezien van de vraag of het schetsen van mogelijke opties is toegestaan. Bovendien kunnen de eisen van de aanbestedingsdocumenten niet worden gepasseerd onder verwijzing naar de mogelijkheden die het bestemmingsplan biedt. In artikel 4.2 van het Tenderdocument staat voorts in niet mis te verstane bewoordingen vermeld dat inschrijvingen die niet aan voornoemde eis voldoen, van deelname zullen worden uitgesloten. Het standpunt van AZ Fisheries dat geen sprake is van een uitsluitingsgrond kan dan ook niet worden gevolgd.

AZ Fisheries stelt zich voorts op het standpunt dat de gemeente zich in deze fase van de aanbesteding niet meer kan beroepen op de ongeldigheid van de inschrijving van AZ Fisheries. De gemeente heeft de inschrijving van AZ Fisheries immers inhoudelijk beoordeeld en becijferd. AZ Fisheries verwijst daarvoor naar het arrest van de Hoge Raad van 7 december 2012 (ECLI:NL:HR:2012:BW9233) en andere daarop gebaseerde rechtspraak. Die rechtspraak is niet van toepassing, aangezien die handelt over een latere aanvulling van de gunningsbeslissing (die in beginsel niet is toegestaan) en niet over de toepassing van uitsluitingsgronden. Uit vaste rechtspraak vloeit voort dat het gelijkheidsbeginsel meebrengt dat de aanbestedende dienst in beginsel is gehouden een inschrijving van deelname uit te sluiten indien zich een uitsluitingsgrond voordoet, ongeacht het stadium waarin dat gebeurt. Het gelijkheidsbeginsel prevaleert in deze gevallen boven het vertrouwensbeginsel. Te allen tijde moet immers worden voorkomen dat een opdracht aan een ongeldige inschrijver wordt gegund.

Het voorgaande leidt ertoe dat ervan moet worden uitgegaan dat de inschrijving van AZ Fisheries ongeldig is en van deelname moet worden uitgesloten.

Voor zover AZ Fisheries stelt dat bepaalde eisen van de aanbesteding subjectief zijn, en tot willekeur hebben geleid of hebben kunnen leiden bij de beoordeling, geldt het volgende. Gesteld noch

gebleken is dat AZ Fisheries voorafgaand aan de indiening van haar inschrijving vragen heeft gesteld of opmerkingen heeft gemaakt over (de subjectiviteit van) het beoordelingskader. Zij was daartoe wel gehouden op grond van artikel 2.3 van het Tenderdocument. De voorzieningenrechter is met de gemeente van oordeel dat AZ Fisheries onder deze omstandigheden haar recht heeft verwerkt om hier nu nog over te klagen.

AZ Fisheries heeft zich voorts op het standpunt gesteld dat na de beoordeling is gebleken dat bepaalde eisen in de aanbestedingsstukken op meerdere manieren zijn te interpreteren en dus onduidelijk zijn. Indien dit standpunt wordt gevolgd, leidt dat tot toewijzing van de vordering die strekt tot heraanbesteding, zodat AZ Fisheries ook als ongeldige inschrijver belang heeft bij een beoordeling van dat standpunt.

Volgens AZ Fisheries is de eerste eis uit artikel 4.2 van het Tenderdocument voor meerdere uitleg vatbaar. De voorzieningenrechter is echter van oordeel dat – anders dan AZ Fisheries meent – uit de tekst onmiskenbaar volgt dat deze eis slechts betrekking heeft op de begane grond van het te realiseren gebouw. Dat de verdiepingen van het gebouw ook moeten bestaan uit bedrijfsruimte, kan niet uit deze eis worden afgeleid, noch uit het geheel van de aanbestedingsstukken. AZ Fisheries heeft voorts betoogd dat de vraag naar “nieuwbouw bedrijvengebouw” met maritieme bedrijvigheid onduidelijk is in combinatie met hetgeen het bestemmingplan toestaat. Zoals AZ Fisheries ter zitting heeft erkend, is deze onduidelijkheid echter weggenomen met de toelichting in de eerste Nota van Inlichtingen onder vraag en antwoord 4.1. Deze Nota van Inlichtingen behoort bij de aanbestedingsstukken. Voornoemd vraag en antwoord laten geen ruimte meer voor andere interpretaties. AZ Fisheries stelt tot slot dat de term “aanvullend” uit het bestemmingplan voor verwarring heeft gezorgd. De voorzieningenrechter is met de gemeente en Vastint van oordeel dat de behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver uit het bestemmingsplan heeft moeten begrijpen dat, naast de genoemde mogelijke functies in bestemmingsvlak GD-3, ook de genoemde andere functies, zoals een hotel, zijn toegestaan. Uit het enkele gebruik van het woord “aanvullend” volgt in deze context niet dat een hotel slechts in aanvulling op een bedrijvengebouw mag worden gerealiseerd. Het voorgaande leidt ertoe dat de primaire vordering zal worden afgewezen. AZ Fisheries vordert subsidiair de gemeente te gebieden volledig te voldoen aan haar motiveringsplicht. Blijkens de toelichting beoogt zij hiermee inzage te verkrijgen

in de voordelen en kenmerken van de inschrijving van Vastint. Nu de inschrijving van AZ Fisheries echter ongeldig is, heeft zij geen belang meer bij haar subsidiaire vordering. Ook de subsidiaire vordering zal dan ook worden afgewezen.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

AZ Fisheries Vastgoed Holding B.V.,
statutair gevestigd te Den Haag,

eiseres,

advocaat mr. B.M. Vijverberg te Diessen,
tegen:

de publiekrechtelijke rechtspersoon

gemeente Den Haag,

zetelend te Den Haag,

gedaagde,

advocaat mr. M.R. Paats te Den Haag,

waarin is tussengekomen:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Vastint Hospitality B.V.,

gevestigd te Amsterdam,

advocaat mr. T. van der Lans te Naaldwijk.

Partijen worden hierna respectievelijk aangeduid als ‘AZ Fisheries’, ‘de gemeente’ en ‘Vastint’.

1 De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding met producties;
- de akte houdende een wijziging van eis met producties;
- de door de gemeente overgelegde conclusie van antwoord met producties;
- de incidentele conclusie tot tussenkomst c.q. voeging;
- de bij de mondelinge behandeling door alle partijen overgelegde pleitnotities.

1.2. De mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden op 29 november 2017. Ter zitting is vonnis bepaald op heden.

2 Het incident tot tussenkomst c.q. voeging

2.1. Vastint heeft gevorderd te mogen tussenkomen in de procedure tussen AZ Fisheries en de gemeente. Ter zitting hebben AZ Fisheries en de gemeente verklaard geen bezwaar te hebben tegen de tussenkomst. Vastint is vervolgens toegelaten als tussenkomende partij, aangezien zij aannemelijk heeft gemaakt dat zij daarbij voldoende belang heeft. 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. De gemeente is een “tenderprocedure” (hierna: aanbestedingsprocedure) gestart voor de uitgifte van grond in erfpacht ten behoeve van de nieuwbouw van een bedrijvengebouw op de Dr. Lelykade te Scheveningen (hierna: de opdracht). In het zogenoemde Tenderdocument van 2 februari 2017 staat – voor zover hier relevant – vermeld: “2.1.3 Gewenste situatie

De randvoorwaarden voor de gewenste situatie worden beschreven in het Ruimtelijk kader Dr. Lelykade. Deze is bijgevoegd (bijlage D.1). De gemeente Den Haag wenst de grond in erfpacht uit te geven aan een ontwikkelaar, die voor eigen rekening en risico, binnen de gestelde randvoorwaarden, een bedrijvengebouw gericht op maritieme bedrijvigheid realiseert en een visie op de openbare ruimte geeft, waarin aandacht is voor zowel de stedenbouwkundige als de verkeerskundige aansluiting van het gebouw op de omgeving. De gemeente zal de grond in bouwrijpe staat in eeuwigdurende erfpacht uitgeven aan de winnende partij. (...)

4 FORM EN INHOUDELIJKE VEREISTEN VAN DE INSCHRIJVING

4.1 ONDERGRENS INSCHRIJVINGEN

Inschrijvers dienen een bod te doen op de grond (op basis van levering in erfpacht met eeuwig durend afgekochte canon) (...)

4.2 INHOUDELIJKE GUNNINGSEISEN INSCHRIJVING

Inschrijvingen moeten voldoen aan bestemmingsplan en passen binnen de kaders die blijken uit de bijlagen, waaronder het Ruimtelijk kader Dr. Lelykade (Bijlage D.1). Vereist is verder dat:

1. 1. *De begane grond voor minimaal 75% uit bedrijfsruimte bestaat die geschikt is voor maritieme bedrijvigheid;*

(...)

4. 4. *De visie op de openbare ruimte voldoet aan het Handboek Openbare Ruimte, van de gemeente Den Haag, kwaliteitsniveau Residentiekwaliteit, en de eisen uit het Ruimtelijk Kader;*

5. 5. *Het ontwerp binnen de uitgiftегrenzen (blijvend uit de uitgiftetekening) past;*

(...)

Inschrijvingen die hier niet aan voldoen zijn ongeldig en zullen van deelname worden uitgesloten.”

3.2. In Bijlage D.1 bij het Tenderdocument, “Ruimtelijk kader: Bedrijfsverzamelgebouw Dr. Lelykade”, staat onder meer vermeld:

Bestemmingplan

De ontwikkeling is mogelijk gemaakt in het bestemmingsplan Scheveningen Haven. Ter plaatse gelden de bestemming ‘Gemengd-3’, de dubbelbestemming ‘Waarde-Archeologie’ en Waterstaat - Waterkering’, de functieaanduiding ‘gemengd’ en de gebiedsaanduiding ‘milieuzone -gezoneerd industrie-terrein’

Mogelijke functies in het hele bestemmingsvlak GD-3:

- *bedrijven in de categorie A en B van de Staat van bedrijven bij functiemenging als opgenomen in bijlage 4 van het bestemmingsplan*
- *culturele voorzieningen*
- *niet-dagelijkse detailhandel alleen op begane grond aan de Dr. Lelykade*
- *dienstverlening, maximaal 500 m2 BVO per vestiging*
- *horeca in de categorie licht alleen op begane grond aan de Dr. Lelykade*
- *kantoren, maximaal 250 m2 BVO per vestiging*
- *welzijnsvoorzieningen*

Aanvullend op het bovenstaande mogen in dit vlak nog de volgende functies door de functieaanduiding “gemengd” (gd):

(...)

hotel

(...)

De locatie leent zich voor bebouwing met havengebonden bedrijvigheid. De gemeente mikt op:

- *Een optimalisering van de hoeveelheid op maai-veld ontsloten bedrijfsruimte (zo veel mogelijk m2) voor bedrijven die gebruik maken van de haven.*
- *Bedrijfsruimte geschikt voor activiteiten van bedrijven uit de maritieme economie, waarbij het gebruik van de ruimte is afgestemd op een bedrijfsmatig kadegebruik (...)*
- *Kans voor stapeling twee bedrijfsniveaus; (...)*
- *Inpassingsmogelijkheden voor bedrijven die op dit moment containerruimte huren in het gebied (...)*
- *Een bedrijfsverzamelgebouw met functiemix voor bedrijven in de dienstverlening/innovatie (...)*

3.3. In de toelichting op het bestemmingsplan Scheveningen Haven staat vermeld:

“Voor de locatie Talud Schiereiland op de Dr. Lelykade bestaat de mogelijkheid om een hotel van 75 kamers te ontwikkelen.”

3.4. In de 1e Nota van Inlichtingen van 4 april 2017 staat vermeld:

“2.5. Mag een hellingbaan naar het parkeerdek vanaf de Zeesluisweg over het optionele bouwvlak (Ruimtelijk Kader) steken?”

Antwoord: Alle bebouwing met gebruiksfuncties dient binnen het bouwvlak te blijven.

(...)

4.1. Hoe moet de omschrijving maritieme bedrijvigheid worden geïnterpreteerd in relatie tot het bestemmingsplan?

Antwoord:

In art. 12 (Gemengd-3) staat in de bestemmingsomschrijving vermeld dat bedrijven in de cat. A en B van de staat van bedrijven bij functiemenging zijn toegestaan. Het bestemmingsplan staat daarmee bedrijven toe die niet als maritieme bedrijvigheid zijn aan te merken.

Echter, conform het beleid om maritieme bedrijvigheid een plek te (blijven) geven in de haven van Scheveningen (...) is maritieme bedrijvigheid als eis opgenomen in de tender voor het Bedrijfsgebouw.”

3.5. AZ Fisheries, Vastint en Pike Vastgoed B.V. hebben tijdig een inschrijving ingediend.

3.6. Bij brief van 6 oktober 2017 heeft de gemeente aan AZ Fisheries bericht:

“Op 12 juni 2017 heeft u een inzending ingediend voor de tender Bedrijfsgebouw Dr. Lelykade. Uw inzending is door de beoordelingscommissie beoordeeld op basis van de gunningscriteria zoals beschreven in het tenderdocument d.d. 2 februari 2017. Het advies van de beoordelingscommissie is bekrachtigd bij besluit namens het College van Burgemeester en Wethouders.

Uw totaalscore bedraagt 73,7 punten. In de bijlage treft u het volledige beoordelingsrapport aan met uw score per gunningscriterium en de toelichting van de beoordelingscommissie.

De inschrijver met de hoogste totaalscore heeft de tender gewonnen. Uit de beoordeling blijkt dat Vastint Hospitality B.V. met 79,5 punten de hoogste totaalscore heeft behaald en derhalve de tender heeft gewonnen. Uw inzending is op de 2e plaats geëindigd.”

4 Het geschil

4.1. AZ Fisheries vordert, na wijziging van eis en zakelijk weergegeven:

primair:

de gemeente te gebieden de voorlopige gunningsbeslissing in te trekken en de aanbestedingsprocedure in te trekken, op straffe van verbeurte van een dwangsom;

subsidiair:

de gemeente te gebieden volledig te voldoen aan haar motiveringsplicht en AZ Fisheries een nieuwe vervaltermijn te verlenen om bezwaar te maken, op straffe van een dwangsom.

4.2. Daartoe voert AZ Fisheries – samengevat – het volgende aan.

De gemeente geeft een andere uitleg aan de aanbestedingsdocumenten dan een redelijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver mocht begrijpen. De eisen zijn dus niet precies en ondubbelzinnig. Daardoor zijn appels met peren vergeleken en heeft geen gezonde concurrentie plaats kunnen vinden.

Bij de beoordeling van de inschrijvingen zijn subjectieve normen toegepast. AZ Fisheries heeft de gemeente gevraagd hoe zij deze normen geobjectiveerd heeft toegepast om te komen tot een transparante toewijzing van punten, maar daar heeft de gemeente niet op geantwoord. Dat is in strijd met het transparantiebeginsel.

De inschrijving van de winnaar, Vastint, voldoet niet aan de gestelde eisen. Vastint is voornemens een hotel te realiseren, met slechts enkele bedrijfsactiviteiten in de plint van het gebouw. Dat is niet toegestaan, zo volgt uit de toelichting op het bestemmingsplan. Daarin staat dat een hotel slechts 75 kamers mag tellen. Vastint heeft door het plan om een hotel met 200 kamers te exploiteren ook een hogere grondprijs kunnen bieden dan inschrijvers met een – minder lucratief – bedrijfsgebouw.

De beoordelingscommissie heeft verkeerde aannames gedaan en op sommige punten evident gedwaald bij de beoordeling van de inschrijving van AZ Fisheries. Daardoor zijn er te weinig punten toegekend.

Ten aanzien van de subsidiaire vordering geldt dat AZ Fisheries nog steeds geen inzage heeft gekregen in de voordelen en kenmerken van de inschrijving van Vastint. Als er volledig is voldaan aan de motiveringsplicht, moet er een nieuwe bezwaartermijn volgen.

4.3. De gemeente en Vastint voeren gemotiveerd verweer, dat hierna, voor zover nodig, zal worden besproken.

4.4. Vastint vordert, zakelijk weergegeven:

I. de gemeente te verbieden de opdracht – als tot gunning wordt overgegaan – aan een andere partij dan Vastint te gunnen;

II. AZ Fisheries, voor zover nodig, te gebieden te gehengen en gedogen dat de opdracht aan Vastint wordt gegund;

III. de gemeente te gebieden de inschrijving van AZ Fisheries buiten beschouwing te laten bij de gunning.

4.5. Verkort weergegeven stelt Vastint daartoe dat zij er belang bij heeft dat de opdracht definitief aan haar gegund wordt en derhalve bij afwijzing van de vorderingen van AZ Fisheries, nu die definitieve gunning daardoor in gevaar kan komen.

4.6. Voor zover nodig zullen de standpunten van AZ Fisheries en de gemeente met betrekking tot de vorderingen van Vastint hierna worden besproken.

5 De beoordeling van het geschil

5.1. De gemeente heeft allereerst aangevoerd dat AZ Fisheries de voorzieningenrechter onjuist heeft geïnformeerd en heeft een beroep gedaan op artikel 21 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv). Artikel 21 Rv verplicht partijen de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren. Als deze verplichting niet wordt nageleefd, kan de rechter daaruit de gevolgtrekking maken die hij geraden acht. Uit de overgelegde stukken en hetgeen ter zitting is besproken, valt af te leiden dat AZ Fisheries bij dagvaarding een document heeft overgelegd als ware dat onderdeel van haar inschrijving, terwijl dat niet bij haar inschrijving behoorde. Dat AZ Fisheries hiermee de feiten bewust niet naar waarheid heeft aangevoerd, is echter niet aanneemelijk geworden. De voorzieningenrechter ziet dan ook geen aanleiding om gebruik te maken van de discretionaire bevoegdheid die artikel 21 Rv biedt.

5.2. Vooropgesteld wordt dat de uitgifte van grond in erfpacht voor de realisatie van een bedrijvengebouw geen aanbestedingsplichtige opdracht is. De Aanbestedingswet 2012 is dan ook niet van toepassing. Nu de gemeente vrijwillig een overheidsaanbesteding is gestart, dient echter wel getoetst te worden aan de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht. Evenals in het Tenderdocument zal hetgeen de gemeente in de markt heeft gezet in dit vonnis worden aangeduid als “de opdracht”.

5.3. Zoals de gemeente terecht heeft opgemerkt, behelst de primaire vordering van AZ Fisheries strikt genomen geen gebod tot heraanbesteding, maar slechts een gebod tot intrekking van de voorlopige gunningsbeslissing en de aanbestedingsprocedure. Echter, een aanbestedende dienst kan hoe dan ook niet worden gedwongen een opdracht (opnieuw) in de markt te zetten, reden waarom bij toewijzing van een vordering tot heraanbesteding normaliter wordt toegevoegd “voor zover de aanbestedende dienst de opdracht nog wenst te gunnen”. Indien het de gemeente zou worden geboden deze aanbestedingsprocedure in te trekken, moet evenwel worden aangenomen dat zij de opdracht alsnog, met een nieuwe aanbestedingsprocedure, in de markt wil zetten. Voor zover de gemeente betoogt dat AZ Fisheries geen belang heeft bij haar (primaire) vordering, zal dat betoog dan ook worden gepasseerd.

5.4. De gemeente heeft zich in deze procedure op het standpunt gesteld dat de inschrijving van AZ Fisheries (had) moet(en) worden uitgesloten van deelname omdat die inschrijving niet aan de eisen voldoet. Partijen twisten in dit kader over de vraag of de door AZ Fisheries voorgestelde bebouwing binnen de grenzen van het bouwvlak blijft, zoals voorgeschreven in artikel 4.2 van het Tenderdocument en antwoord 2.5 van de eerste Nota van Inlichtingen. De inhoud van deze eis staat op zichzelf buiten kijf. AZ Fisheries stelt dat haar inschrijving aan die eis voldoet.

5.5. Uit de overgelegde tekening, die was gevoegd bij de inschrijving van AZ Fisheries, volgt dat een lichtgrijs gearceerd deel van het ontwerp van AZ Fisheries buiten het bouwvlak valt. Volgens AZ Fisheries is dat deel geen bebouwing, maar overstek. Dat standpunt kan niet worden gevolgd. AZ Fisheries meldt immers zelf in de toelichting op de tekening dat sprake is van “bebouwing in de vorm van overstek”. Daarbij komt nog dat in artikel 4.2 van het Tenderdocument staat vermeld dat (niet alleen bebouwing maar) het gehele ontwerp binnen de uitgiftengrenzen moet passen. Vaststaat dat de inschrijving van AZ Fisheries niet voldoet aan deze eis. AZ Fisheries heeft nog betoogd dat de overstek geen definitief karakter heeft, maar dat deze past binnen het bestemmingsplan en er een omgevingsvergunning voor kan worden aangevraagd. Dat de overstek een voorlopig karakter heeft, volgt echter niet uit de overgelegde tekening, nog afgezien van de vraag of het schetsen van mogelijke opties is toegestaan. Bo-

vendien kunnen de eisen van de aanbestedingsdocumenten niet worden gepasseerd onder verwijzing naar de mogelijkheden die het bestemmingsplan biedt. In artikel 4.2 van het Tenderdocument staat voorts in niet mis te verstane bewoordingen vermeld dat inschrijvingen die niet aan voornoemde eis voldoen, van deelname zullen worden uitgesloten. Het standpunt van AZ Fisheries dat geen sprake is van een uitsluitingsgrond kan dan ook niet worden gevolgd.

5.6. AZ Fisheries stelt zich voorts op het standpunt dat de gemeente zich in deze fase van de aanbesteding niet meer kan beroepen op de ongeldigheid van de inschrijving van AZ Fisheries. De gemeente heeft de inschrijving van AZ Fisheries immers inhoudelijk beoordeeld en gecijferd. AZ Fisheries verwijst daarvoor naar het arrest van de Hoge Raad van 7 december 2012 (ECLI:NL:HR:2012:BW9233) en andere daarop gebaseerde rechtspraak. Die rechtspraak is niet van toepassing, aangezien die handelt over een latere aanvulling van de gunningsbeslissing (die in beginsel niet is toegestaan) en niet over de toepassing van uitsluitingsgronden. Uit vaste rechtspraak vloeit voort dat het gelijkheidsbeginsel meebrengt dat de aanbestedende dienst in beginsel is gehouden een inschrijving van deelname uit te sluiten indien zich een uitsluitingsgrond voordoet, ongeacht het stadium waarin dat gebeurt. Het gelijkheidsbeginsel prevaleert in deze gevallen boven het vertrouwensbeginsel. Te allen tijde moet immers worden voorkomen dat een opdracht aan een ongeldige inschrijver wordt gegund.

5.7. Het voorgaande leidt ertoe dat ervan moet worden uitgegaan dat de inschrijving van AZ Fisheries ongeldig is en van deelname moet worden uitgesloten. Het geschilpunt of de inschrijving van AZ Fisheries ook op grond van de eisen uit het Handboek openbare ruimte ongeldig is, behoeft gelet hierop geen beoordeling meer. Dat de inschrijving van AZ Fisheries ongeldig is, brengt voorts mee dat de stellingen van AZ Fisheries over de vermeende ongeldigheid van de inschrijving van Vastint onbesproken kunnen blijven. AZ Fisheries heeft geen belang meer bij een beoordeling van die stellingen. Indien de inschrijving van Vastint ook ongeldig is, zal de opdracht immers niet aan AZ Fisheries, maar aan de derde inschrijver worden gegund. Uit de ongeldigheid vloeit eveneens voort dat de bezwaren van AZ Fisheries voor wat betreft de inhoudelijke beoordeling van

haar inschrijving in combinatie met het aantal gescoorde punten onbesproken kunnen blijven, nog daargelaten dat AZ Fisheries (na wijziging van eis) geen herbeoordeling meer vordert.

5.8. Voor zover AZ Fisheries stelt dat bepaalde eisen van de aanbesteding subjectief zijn, en tot willekeur hebben geleid of hebben kunnen leiden bij de beoordeling, geldt het volgende. Gesteld noch gebleken is dat AZ Fisheries voorafgaand aan de indiening van haar inschrijving vragen heeft gesteld of opmerkingen heeft gemaakt over (de subjectiviteit van) het beoordelingskader. Zij was daartoe wel gehouden op grond van artikel 2.3 van het Tenderdocument. De voorzieningenrechter is met de gemeente van oordeel dat AZ Fisheries onder deze omstandigheden haar recht heeft verwerkt om hier nu nog over te klagen.

5.9. AZ Fisheries heeft zich voorts op het standpunt gesteld dat na de beoordeling is gebleken dat bepaalde eisen in de aanbestedingsstukken op meerdere manieren zijn te interpreteren en dus onduidelijk zijn. Indien dit standpunt wordt gevolgd, leidt dat tot toewijzing van de vordering die strekt tot heraanbesteding, zodat AZ Fisheries ook als ongeldige inschrijver belang heeft bij een beoordeling van dat standpunt.

5.10. Het transparantiebeginsel strekt 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 onduwbelzinnige wijze opdat, enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en deze op dezelfde manier interpreteren, en, anderzijds, de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria welke op de betrokken opdracht van toepassing zijn. Een en ander 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 plaatsheeft (zie onder andere Hof van Justitie van de Europese Unie 29 april 2004, C-496/99 en Hoge Raad 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9233).

5.11. Volgens AZ Fisheries is de eerste eis uit artikel 4.2 van het Tenderdocument voor meerdere uitleg vatbaar. De voorzieningenrechter is echter

van oordeel dat – anders dan AZ Fisheries meent – uit de tekst onmiskenbaar volgt dat deze eis slechts betrekking heeft op de begane grond van het te realiseren gebouw. Dat de verdiepingen van het gebouw ook moeten bestaan uit bedrijfsruimte, kan niet uit deze eis worden afgeleid, noch uit het geheel van de aanbestedingsstukken. AZ Fisheries heeft voorts betoogd dat de vraag naar “nieuwbouw bedrijvengebouw” met maritieme bedrijvigheid onduidelijk is in combinatie met hetgeen het bestemmingplan toestaat. Zoals AZ Fisheries ter zitting heeft erkend, is deze onduidelijkheid echter weggenomen met de toelichting in de eerste Nota van Inlichtingen onder vraag en antwoord 4.1. Deze Nota van Inlichtingen behoort bij de aanbestedingsstukken. Voornoemd vraag en antwoord laten geen ruimte meer voor andere interpretaties.

5.12. AZ Fisheries stelt tot slot dat de term “aanvullend” uit het bestemmingplan voor verwarring heeft gezorgd. De voorzieningenrechter is met de gemeente en Vastint van oordeel dat de behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver uit het bestemmingsplan heeft moeten begrijpen dat, naast de genoemde mogelijke functies in bestemmingsvlak GD-3, ook de genoemde andere functies, zoals een hotel, zijn toegestaan. Uit het enkele gebruik van het woord “aanvullend” volgt in deze context niet dat een hotel slechts in aanvulling op een bedrijvengebouw mag worden gerealiseerd.

5.13. Het voorgaande leidt ertoe dat de primaire vordering zal worden afgewezen. AZ Fisheries vordert subsidiair de gemeente te gebieden volledig te voldoen aan haar motiveringsplicht. Blijkens de toelichting beoogt zij hiermee inzage te verkrijgen in de voordelen en kenmerken van de inschrijving van Vastint. Nu de inschrijving van AZ Fisheries echter ongeldig is, heeft zij geen belang meer bij haar subsidiaire vordering. Ook de subsidiaire vordering zal dan ook worden afgewezen.

5.14. Nu de gemeente voornemens is de opdracht ook definitief te gunnen aan Vastint, brengt voormelde beslissing mee dat Vastint geen belang (meer) heeft bij toewijzing van haar vorderingen, zodat deze worden afgewezen. Vastint zal worden veroordeeld in de kosten van de gemeente, welke kosten worden begroot op nihil, nu niet is gebleken dat de gemeente als gevolg van deze vorderingen extra kosten heeft moeten maken. Ondanks de afwijzing moet AZ Fisheries in haar

verhouding tot Vastint worden aangemerkt als de in het ongelijk gestelde partij. Het doel van Vastint was immers te voorkomen dat de opdracht aan AZ Fisheries zou worden gegund, welk doel is bereikt. AZ Fisheries zal dan ook worden veroordeeld in de proceskosten van Vastint. Voorts zal AZ Fisheries, als de in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de proceskosten aan de zijde van de gemeente.

6 De beslissing

De voorzieningenrechter:

- 6.1. wijst het gevorderde af;
- 6.2. veroordeelt Vastint voor wat betreft de door haar ingestelde vorderingen jegens de gemeente in de kosten van de gemeente, tot dusver begroot op nihil;
- 6.3. veroordeelt AZ Fisheries in de overige proceskosten, tot dusver begroot aan de zijde van zowel de gemeente als Vastint telkens op € 1.434,-, waarvan € 618,- 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 de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

Willekeur (toch) troef in rechtspraak over aanvulverbod

Inleiding

Waar men dacht dat met het arrest Staat/KPN het pleit was beslecht voor wat betreft het verbod op het aanvullen van de gunningsbeslissing, lijkt er zich een lijn in de jurisprudentie af te tekenen die het arrest – ironisch genoeg – juist weer relativeert. De door de Hoge Raad ingezette weg om inschrijvers meer duidelijkheid te geven en de ruimte voor aanbesteders om willekeurige beslissingen te nemen te verkleinen, raakt hiermee helaas vervuild met allerhande ventwegen, hetgeen juridisch gezien interessant en uitdagend is, maar voor deelnemers aan aanbestedingen verontrustend.

In het arrest Staat/KPN¹ poneerde de Hoge Raad zowel de regel, te weten het verbod om de gunningsbeslissing aan te vullen, als de uitzondering op die regel. In het geval van bijzondere redenen of bijzondere omstandigheden kan het namelijk gerechtvaardigd zijn dat de aanbestedende dienst de gunningsbeslissing toch aanvult. Zonder zich expliciet te wagen aan een nadere invulling van wat die bijzondere redenen of bijzondere omstandigheden dan inhouden, lijkt voor de Hoge Raad schending van het gelijkheidsbeginsel geen aanleiding te kunnen zijn om een gunningsbeslissing alsnog aan te vullen. Het arrest Staat/KPN had betrekking op de inschrijving van KPN die naderhand door de Staat terzijde was gelegd vanwege overtreding van de OPTA-regels. Hoewel deze uitsluitingsgrond niet in het Beschrijvend Document was opgenomen, werd de overtreding desalniettemin door de Hoge Raad niet als een dusdanig zwaarwegende reden aangemerkt om de uitzondering (bijzondere redenen en omstandigheden) van toepassing te laten zijn. Zulks niettegenstaande het feit dat door die schending van de OPTA-regels het gelijkheidsbeginsel nu juist in het gedrang was gekomen.

De uitzondering van bijzondere redenen of bijzondere omstandigheden is naar zijn aard al lastig toepasbaar, nu elke situatie waarin een aanbestedende dienst, die niet de juiste juridische conclusie mag trekken uit feiten omdat dat niet tijdig genoeg zou zijn gedaan, op zeer gespannen voet staat met het gelijkheidsbeginsel. De inschrijver die als tweede in een aanbesteding eindigt, en bekend raakt met het feit dat de winnende inschrijver in feite een ongeldige inschrijving heeft gedaan, zal de door Hoge Raad ingezette lijn juist gegeven dat gelijkheidsbeginsel verfoeien. Maar nog moeilijker wordt het als op de op zich duidelijke hoofdregel veel exotischer uitzonderingen worden toegestaan.

In bovenstaande uitspraak – waarop de Aanbestedingswet 2012 als zodanig overigens niet van toepassing was – oordeelde de voorzieningen-

rechter dat AZ Fisheries alsnog moest worden uitgesloten omdat haar inschrijving ongeldig was. Wij vinden het jammer dat de voorzieningenrechter – in afwijking van de lijn van de Hoge Raad in de zaak Staat/KPN – het terzijde leggen van de inschrijving in deze fase niet uitdrukkelijker motiveert, juist in het licht van die uitspraak. Dat Staat/KPN niet relevant zou zijn omdat die gaat over het aanvullen van een gunningsbeslissing en niet over de toepasselijkheid van uitsluitingsgronden, lijkt slecht te begrijpen, nu het in deze zaak niet om de toepasselijkheid van uitsluitingsgronden gaat. De gedachte dat sprake is geweest van een doelredenering vat dan al snel post.

Juridisch kader: rechtsbescherming

Op basis van artikel 6 Wira rust op aanbestedende dienst de verplichting ervoor te zorgen dat de gunningsbeslissing de relevante redenen voor die beslissing bevat. Deze verplichting is tevens opgenomen in artikel 2.130 van de Aw 2012 en dient inschrijvers in staat te stellen de gunningsbeslissing tijdig te kunnen aanvechten. Bij het kenbaar maken van de gunningsbeslissing dient de aanbestedende dienst zowel het gelijkheidsbeginsel als het motiverings- en transparantiebeginsel toe te passen om voldoende rechtsbescherming voor inschrijvers te waarborgen.

Uit het gelijkheidsbeginsel vloeit voort dat een ongeldige inschrijving niet in aanmerking kan worden genomen voor gunning van de opdracht. In het arrest *Storebaelt* heeft het Europese Hof van Justitie bepaald dat het beginsel van gelijke behandeling vereist dat alle offertes beantwoorden aan de voorschriften van het bestek om een objectieve vergelijking van de verschillende offertes te waarborgen. Aangezien de inschrijving niet aan de voorschriften uit het bestek voldeed (en daarmee ongeldig was), had dit tot gevolg dat *Storebaelt* de offerte niet in aanmerking kon nemen.²

1 Hoge Raad 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9233, m.nt. mr. M.J. Mutsaers, «JAAN» 2013/6.

2 Europese Hof van Justitie, HvJ EU 22 juni 1993, C-243/89 (*Storebaelt*), r.o. 36 t/m 43.

Naast het gelijkheidsbeginsel is ook het motiveerings- en transparantiebeginsel van toepassing. In dat licht heeft de Hoge Raad in Staat/KPN het 'aanvulverbod' als volgt geformuleerd:

*"Artikel 6 lid 1 Wira dient aldus te worden uitgelegd dat een latere aanvulling van de daarin bedoelde relevante redenen in beginsel niet mogelijk is. Een uitzondering kan echter gerechtvaardigd zijn in het geval van door de aanbestedende dienst aannemelijk te maken bijzondere redenen of omstandigheden. Voor zodanige uitzondering bestaat, anders dan het onderdeel verdedigt, geen aanleiding op de enkele grond dat de latere aanvulling steun vindt in hetzelfde feitencomplex als aan de in mededeling vermelde reden(en) ten grondslag ligt."*³

In het arrest KPN/Staat gaat de Hoge Raad echter niet in op de regel uit het Storebaelt-arrest dat de opdracht niet aan een inschrijver kan worden gegund die ongeldig heeft ingeschreven en laat daarom dat dilemma verder over aan lagere rechters.

Inmiddels bestaat er wel enige consensus in zowel de jurisprudentie als de literatuur dat in het geval van een novum de gunningsbeslissing mag worden aangevuld.⁴ Immers, wanneer de aanbestedende dienst pas bij verificatie van de inschrijving constateert dat de (voorlopige) winnende inschrijver niet aan de gestelde eisen voldoet, dan mag hij deze inschrijver op basis van de nieuwe feiten uitsluiten.⁵

Waar het echter niet om nieuwe feiten gaat, maar gronden die de aanbestedende dienst ook al voorafgaand aan het kenbaar maken van het

eerste gunningsvoornemen had moeten opmerken, is er van een dergelijke consensus nog geen sprake.

Zo oordeelde de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag dat wanneer er op een gunningsbeslissing wordt teruggekomen door de gunningsbeslissing in te trekken, dit een wezenlijk andere situatie is dan wanneer de motivering wordt aangevuld. Dat laatste acht de voorzieningenrechter niet toegestaan, terwijl het "terugkomen" op de gunningsbeslissing onder omstandigheden wel rechtmatig kan zijn.⁶

Maar let op, niet altijd! In een zaak van het Rijksvastgoedbedrijf oordeelde de voorzieningenrechter van diezelfde rechtbank Den Haag dat het intrekken van de gunningsbeslissing en het vervolgens kenbaar maken van een nieuwe gunningsbeslissing leidt tot willekeur en favoritisme. Volgens de voorzieningenrechter zou door deze handelwijze afbreuk worden gedaan aan de strekking van het aanvulverbod uit Staat/KPN.⁷

Maar niet alle voorzieningenrechters menen dat er sprake is van willekeur en favoritisme en keuren het goed dat de aanbestedende dienst het gunningsvoornemen eerst intrekt alvorens een nieuw, aangevuld gunningsvoornemen kenbaar te maken. Zo concludeerde de voorzieningenrechter van de Rechtbank Gelderland dat de aanbestedende dienst de gunningsbeslissing moest kunnen intrekken wanneer er sprake is van ongeldigheid van de inschrijving. Het aanvulverbod uit het arrest Staat/KPN staat daar volgens de voorzieningenrechter niet aan in de weg, omdat het aanvulverbod niet van toepassing is op de situatie waarin de eerste gunningsbeslissing is ingetrokken en er nadien een nieuwe gunningsbeslissing is genomen. De voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag benadrukte zeer recent nog dat in het geval van fouten of misverstanden in de gunningsbeslissing, het intrekken van de gegeven beslissing en het

3 Hoge Raad 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9233, m.nt. mr. M.J. Mutsaers «JAAN» 2013/6, r.o. 3.11.

4 Annotatie A.H. Klein Hofmeijer bij Vzr. Rb. Gelderland 26 april 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:2447, «JAAN» 2017/162.

5 Vzr. Rechtbank's-Gravenhage 17 april 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ7736, r.o. 4.11, «JAAN» 2013/124 m.nt. mr. W.M. Ritsema van Eck; Vzr. Rb. 's-Gravenhage 5 februari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ4192, r.o. 4.6, «JAAN» m.nt. mr. drs. T.H. Chen.

6 Vzr. Rb. Den Haag 10 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:4824, r.o. 4.3, «JAAN» 2015/144 m.nt. mr. D.W. Boot.

7 Vzr. Rb. Den Haag 20 juni 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:6854, r.o. 5.3, «JAAN» 2016/202 m.nt. mr. T. van Wijk en mr. drs F.J.J. Cornelissen.

nemen van een nieuwe beslissing, met vermelding daarbij van alle redenen voor die beslissing, de te volgen weg is.⁸ Hier tekent zich wel een dilemma af: want wanneer wordt het intrekken van een gunningsbesluit en het vervangen daarvan door een nieuw besluit, volkomen willekeurig en daarmee ontoelaatbaar zoals in voornoemde uitspraak van de Rechtbank Den Haag?

Ook wanneer de gunningsbeslissing niet eerst wordt ingetrokken, zijn sommige voorzieningenrechtters geneigd aanvulling van de gronden toe te staan. Zo oordeelde de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam dat de aanbestedende dienst deze gronden weliswaar niet kon inbrengen, maar dat het de tussenkommende partij uiteraard vrijstond om deze gronden wél naar voren te brengen.⁹

Meer vragen dan antwoorden

Het feit dat de Hoge Raad zich niet heeft uitgesproken over wat er onder bijzondere redenen en omstandigheden moet worden verstaan, leidt tot een groot aantal vragen. Wat zijn die bijzondere omstandigheden dan? Wat moeten aanbestedende diensten doen wanneer zij na het kenbaar maken van het gunningsvoornemen toch constateren dat de winnende inschrijver een ongeldige inschrijving heeft gedaan? Op basis van het arrest Staat/KPN is het in beginsel niet toegestaan de motivering aan te vullen en ook de voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag meent dat intrekken niet mogelijk is.¹⁰ In feite blijft dan alleen nog het intrekken van de aanbestedingsprocedure over.

Hoe de vragen ook moeten worden beantwoord, de uitspraak van de voorzieningenrechter in bovenstaande zaak, lijkt ons onjuist. Hoewel de Aanbestedingswet 2012 niet van toepassing was, is de gegeven motivering onjuist. De zaak heeft immers geen betrekking op uitsluitingsgronden.

Conclusie

Recente uitspraken van voorzieningenrechtters hebben tot gevolg dat de koers die de Hoge Raad in Staat/KPN heeft geponeerd, steeds verder uit beeld raakt. Bovenstaande uitspraak van de voorzieningenrechter Den Haag is wat ons betreft illustratief voor de worsteling die de voorzieningenrechtters doormaken in de afweging van het gelijkheidsbeginsel ten opzichte van het motiverings- en transparantiebeginsel. Inschrijvers raken op deze wijze steeds meer afhankelijk van de professionaliteit en zorgvuldigheid van de aanbestedende dienst en de wijze waarop de rechter ertegenaan kijkt. Dat kan nooit de richting zijn geweest die de Hoge Raad bedoelde in het arrest Staat/KPN.

Teneinde te voorkomen dat men in een onzekere juridische situatie terechtkomt, is het voor aanbestedende diensten dan ook zaak om bij de beoordeling van de inschrijvingen zorgvuldig en volledig te verifiëren of er geen sprake is van ongeldige inschrijvingen. Bezint eer ge begint, is hier het devies. Eenzelfde regel is ook op inschrijvers van toepassing. Inschrijvers moeten dus nog scherper voorafgaand aan inschrijving letten op de geldigheid van hun inschrijving. De huidige jurisprudentie biedt inschrijvers namelijk weinig houvast ten aanzien van de gunningsbeslissing, die aanbestedende diensten klaarblijkelijk toch nog mogen aanvullen.

P.F.C. Heemskerck,
advocaat bij CMS

C.M.C. Wagemakers,
advocaat bij CMS

⁸ V.zr. Rb. Den Haag 3 januari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:483; r.o. 4.2.

⁹ V.zr. Rb. Rotterdam 10 november 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9450, r.o. 4.8-4.9, «JAAN» 2015/16 m.nt. mr. M.G. Rauws.

¹⁰ V.zr. Rb. Den Haag 20 juni 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:6854, r.o. 5.3, «JAAN» 2016/202 m.nt. mr. T. van Wijk en mr. drs F.J.J. Cornelissen.

Voorzieningenrechter Rechtbank Gelderland
15 december 2017, nr. C/05/329102/KG ZA
17-562, ECLI:NL:RBGEL:2017:6694
(mr. Boonekamp)

Motivering gunningsbeslissing. Beoordeling gunningscriteria. Toelaatbaarheid gunningscriteria. Wijziging gunningscriteria.

Op 12 mei 2017 hebben de gemeente Nijmegen, de gemeente Berg en Dal, de gemeente Beuningen, de gemeente Druten, de gemeente Heumen en de gemeente Mook en Middelaar (hierna: de gemeenten) een vooraankondiging van de Europese openbare aanbesteding "Openbare aanbesteding INK012 ambulante Wmo en Jeugdhulp 2018-2021" gepubliceerd. Op 26 juni 2017 is vervolgens de aanbesteding "Ambulante Wmo 2015 en Jeugdhulp" met kenmerk 17INK012 aangekondigd en hebben de gemeenten een offerteaanvraag gepubliceerd.

In totaal hebben 125 aanbieders op de aanbesteding ingeschreven, waaronder de Zorgaanbieders. Bij voorlopige gunningsbeslissingen van 26 oktober 2017 is door de gemeenten aan de Zorgaanbieders medegedeeld dat de opdracht niet aan hen is gegund. Bij brieven van 31 oktober 2017 zijn de voorlopige gunningsbeslissingen door de gemeenten van een nadere motivering voorzien door de opmerkingen die de beoordelaars op de inschrijvingen hebben aan de Zorgaanbieders kenbaar te maken.

De Zorgaanbieders vorderen intrekking van de gunningsbeslissing en herbeoordeling van hun inschrijvingen.

Toelaatbaarheid gunningscriterium

De Zorgaanbieders hebben zich allereerst op het standpunt gesteld dat gunningscriterium 1 in strijd is met het aanbestedingsrecht, omdat dit criterium betrekking heeft op de inschrijver en niet op de inschrijving, waardoor dit criterium in wezen een geschiktheidseis is en geen gunningscriterium.

Gezien de aard van de diensten, te weten zorgverlening, moet het aanvaardbaar worden geacht dat de gemeenten in het kader van de prijs-kwaliteit verhouding inzicht willen krijgen in de kwaliteit van de door de inschrijvers geleverde diensten. Aannemelijk is dat de wijze waarop het criterium is vormgegeven, waarbij dat inzicht wordt verkre-

gen door overlegging van behandel- en evaluatieplannen, op zichzelf een adequaat middel is om de kwaliteit te meten. Het enkele feit dat dit een beoordeling inhoudt van prestaties die de inschrijvers in het verleden hebben geleverd, maakt niet dat dit criterium als gunningscriterium ondeugdelijk is. Daarbij hebben de inschrijvers in het zicht van de aanbesteding ook voldoende ruimte gehad om ervoor te zorgen dat zij vanaf het moment dat zij bekend waren met het feit dat deze aanbesteding op de aangekondigde wijze zou gaan plaatsvinden, te weten mei 2017, zorg- en evaluatieplannen op te stellen die in overeenstemming zijn met de eisen die de gemeenten daaraan in de offerteaanvraag stellen. Vaststaat dat de inschrijvers daar dus tijdig op konden anticiperen. Op basis van dit alles kan niet worden aangenomen dat gunningscriterium 1 niet deugt, omdat dit in feite een geschiktheidseis zou zijn.

Wijziging subgunningscriterium

De voorzieningenrechter overweegt dat het op zichzelf juist is dat een wijziging van gunningscriteria in beginsel niet is geoorloofd gedurende de looptijd van een aanbestedingsprocedure. De reden daarvoor is gelegen in de omstandigheid dat potentiële inschrijvers op grond van een gunningscriterium zoals dat in de desbetreffende aanbesteding bekend is gemaakt, kunnen hebben afgezien van een inschrijving op grond van die criteria en dat, wanneer dat gunningscriterium op een later moment wordt gewijzigd, potentiële inschrijvers die niet meedoen aan de aanbestedingsprocedure dan mogelijk toch mee hadden willen doen, maar daartoe geen kans meer hebben gehad. In de onderhavige aanbestedingsprocedure kan de wijziging van subcriterium 1 van gunningscriterium 4 dit effect echter redelijkerwijs niet hebben veroorzaakt. Ook deze grondslag kan daarom niet tot toewijzing van de vordering tot heraanbesteding, dan wel herbeoordeling leiden.

Beoordeling inschrijving en motivering gunningsbeslissing

Voor het overige hebben de Zorgaanbieders bezwaar gemaakt tegen de inhoudelijke beoordeling van hun inschrijvingen en het puntenaantal dat de beoordelaars van de gemeenten in dat kader hebben toegekend. De Zorgaanbieders hebben zich daarbij allereerst op het standpunt gesteld dat de gemeenten de redenen voor afwijzing van de inschrijvingen van de Zorgaanbieders onvoldoende hebben toegelicht en gemotiveerd. De voorzieningenrechter is van oordeel dat dit standpunt moet worden verworpen. In dat verband is van belang

dat de gemeenten op 26 oktober 2017 kenbaar hebben gemaakt hoeveel punten aan de inschrijvingen van de verschillende Zorgaanbieders is toegekend, met een globale motivering daarbij wat het betekent als een inschrijver minder dan het minimaal aantal benodigde punten heeft gescoord. Op 31 oktober 2017 is vervolgens een toegespitste motivering gevolgd, waaruit genoegzaam blijkt wat de redenen voor het toekennen van een bepaald aantal punten aan de Zorgaanbieders is geweest en aldus ook wat ervoor heeft gezorgd dat de opdracht (voorlopig) niet aan de Zorgaanbieders is gegund.

Ten aanzien van de inhoud van de beoordeling door de gemeenten hebben de Zorgaanbieders in deze kort gedingprocedure volstaan met het in het geding brengen van een herbeoordeling van hun inschrijvingen, verricht door mevrouw [deskundige] en de heer [deskundige] in samenwerking met [adviesbureau]. Voor het overige hebben zij niet benoemd op welke punten de beoordelingen die de beoordelaars van de gemeenten hebben verricht aperte onjuistheden en/of onbegrijpelijkheden bevatten. Het enkele feit dat een beoordelaar van eigen signatuur tot op zekere hoogte tot een andere beoordeling van de inschrijvingen dan de beoordelaars van de gemeenten is gekomen, brengt niet zonder meer met zich dat de beoordelingen van de beoordelaars van de gemeenten onjuist zijn, gelet op de beoordelingsvrijheid die de gemeenten als aanbestedende dienst toekomt. De Zorgaanbieders konden gelet op deze beoordelingsvrijheid niet volstaan met enkel een verwijzing naar de uitgevoerde herbeoordeling die als productie in het geding is gebracht. Dit alles leidt ertoe dat de primaire vorderingen van de Zorgaanbieders strekkende daartoe zullen worden afgewezen.

Opschorten aanbesteding tot appel

Subsidiair (en meer subsidiair) vorderen de Zorgaanbieders veroordeling van de gemeenten niet tot continuering van de aanbesteding over te gaan tot het moment dat de appeltermijn van dit vonnis is verstreken en (in dat geval) in spoedappel op de vorderingen van de Zorgaanbieders is beslist. De voorzieningenrechter overweegt dat heeft te gelden dat een inschrijver aan wie de opdracht niet gegund zal worden binnen de opschortende termijn in kort geding kan opkomen tegen die voorlopige gunningsbeslissing. Indien de in dat verband ingestelde vordering is afgewezen, hoeft de aanbestedende dienst in beginsel het sluiten van een overeenkomst niet verder op te schorten hangende een eventueel door de inschrijver tegen het afwijzende

vonnis ingesteld hoger beroep. Een reden waarom hiervan in dit geval zou moeten worden afgeweken, ziet de voorzieningenrechter niet.

Beslissing

De voorzieningenrechter wijst de vorderingen af.

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

THUISZORG EVITAL B.V.,
statutair gevestigd te Arnhem,

2. de stichting
STICHTING MULTIDAG NIJMEGEN,
statutair gevestigd te Nijmegen,

3. de stichting

STICHTING ZAHET,
statutair gevestigd te Nijmegen,

4. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

DAHLIA KRACHT B.V.,
statutair gevestigd te Nijmegen,

5. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

KENNISCENTRUM AD(H)D EN ASS B.V.,
statutair gevestigd te Nijmegen,

eiseressen,

advocaten mrs. B.P.J.M.L. Vliexs en D. Bercx te Nijmegen,

tegen

1. de publiekrechtelijke rechtspersoon
GEMEENTE NIJMEGEN,

zetelend te Nijmegen,

2. de publiekrechtelijke rechtspersoon
GEMEENTE BERG EN DAL,

zetelend te Groesbeek,

3. de publiekrechtelijke rechtspersoon
GEMEENTE BEUNINGEN,

zetelend te Beuningen,

4. de publiekrechtelijke rechtspersoon
GEMEENTE DRUTEN,

zetelend te Druten,

5. de publiekrechtelijke rechtspersoon
GEMEENTE HEUMEN,

zetelend te Malden,

6. de publiekrechtelijke rechtspersoon
GEMEENTE MOOK EN MIDDELAAR

zetelend te Mook,

gedaagden,

advocaten mrs. I. Docter en F.J.J. Cornelissen te Nijmegen.

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

43

Voorzieningenrechter Rechtbank Gelderland
15 december 2017, nr. C/05/329019/KG ZA
17-557, ECLI:NL:RBGEL:2017:6695
(mr. Boonekamp)

**Rechtsverwerking. Beoordelingscommissie.
Beoordeling gunningscriteria. Toelaatbaarheid
gunningscriteria.**

Op 12 mei 2017 hebben de gemeente Nijmegen, de gemeente Berg en Dal, de gemeente Beuningen, de gemeente Druten, de gemeente Heumen en de gemeente Mook en Middelaar (hierna: de gemeenten) een vooraankondiging van de Europese openbare aanbesteding "Openbare aanbesteding INK012 ambulante Wmo en Jeugdhulp 2018-2021" gepubliceerd. Op 26 juni 2017 is vervolgens de aanbesteding "Ambulante Wmo 2015 en Jeugdhulp" met kenmerk 17INK012 aangekondigd en hebben de gemeenten een offerteaanvraag gepubliceerd.

In totaal hebben 125 aanbieders op de aanbesteding ingeschreven, waaronder Coöperatie Multidag U.A. (hierna: Multidag). Bij voorlopige gunningsbeslissing van 26 oktober 2017 is door de gemeenten aan Multidag medegeedeeld dat de opdracht niet aan haar is gegund. Bij brief van 31 oktober 2017 is de voorlopige gunningsbeslissing door de gemeenten van een nadere motivering voorzien door de opmerkingen die de beoordelaars op de inschrijvingen hebben aan Multidag kenbaar te maken. Multidag vordert in deze kort gedingprocedure kort gezegd heraanbesteding dan wel herbeoordeling van haar inschrijving.

Wijze van beoordeling

Multidag legt aan de vordering ten grondslag dat de aanbestedingsprocedure zoals deze door de gemeenten is doorlopen niet rechtsgeldig is, omdat de inschrijvingen van de verschillende inschrijvers worden beoordeeld door een team van beoordelaars, zodat sprake is van een subjectieve beoordeling van de inschrijvingen die daardoor niet transparant is en in strijd is met de beginselen van het aanbestedingsrecht. De voorzieningenrechter overweegt hieromtrent als volgt. Een wijze van aanbesteden van diensten waarbij aangeleverde plannen en verstrekte informatie van inschrijvers worden beoordeeld door een team van deskundigen die punten toekennen en waarbij daarnaast

een vergelijking wordt gemaakt tussen de verschillende inschrijvingen, is op zichzelf gebruikelijk bij aanbestedingsprocedures en niet zonder meer ongeoorloofd, mits duidelijk is aan de hand van welke criteria de beoordelingen zullen plaatsvinden. In de onderhavige aanbesteding is in de offerte-aanvraag betrekkelijk uitvoerig en nauwkeurig beschreven aan de hand van welke onderdelen de inschrijvingen op de verschillende criteria zullen worden beoordeeld en hoeveel punten per onderdeel van die beoordeling aan de inschrijvingen kunnen worden toegekend. De voorzieningenrechter is van oordeel dat de gemeenten de wijze waarop de inschrijvingen van inschrijvers zullen worden beoordeeld voldoende objectief, concreet en transparant kenbaar heeft gemaakt, zodat de wijze van beoordelen die de gemeenten in deze aanbestedingsprocedure hebben gehanteerd in aanbestedingsrechtelijke zin toelaatbaar moet worden geacht.

Daarnaast heeft te gelden dat als Multidag van mening is dat de wijze waarop de beoordeling zou gaan plaatsvinden niet voldoende objectief en transparant zou zijn, zij dit tijdig aan de gemeenten had moeten laten weten. Dit bezwaar had zij gelet op het bepaalde in het aanbestedingsdocument in een eerder stadium aan de orde moeten en kunnen stellen en dat kan daarom in de onderhavige kort gedingprocedure niet meer. Toewijzing van de vorderingen strekkende tot heraanbesteding dan wel herbeoordeling van de inschrijvingen op deze grond is ook daarom niet mogelijk.

Toelaatbaarheid gunningscriterium

Multidag heeft zich op het standpunt gesteld dat gunningcriterium 1 in strijd is met het aanbestedingsrecht, omdat dit criterium betrekking heeft op de inschrijver en niet op de inschrijving, waardoor dit criterium in wezen een geschiktheidseis is en geen gunningscriterium.

Gezien de aard van de diensten, te weten zorgverlening, moet het aanvaardbaar worden geacht dat de gemeenten in het kader van de prijs-kwaliteit verhouding inzicht willen krijgen in de kwaliteit van de door de inschrijvers geleverde diensten. Aannemelijk is dat de wijze waarop het criterium is vormgegeven, waarbij dat inzicht wordt verkregen door overlegging van behandel- en evaluatieplannen, op zichzelf een adequaat middel is om de kwaliteit te meten. Het enkele feit dat dit een beoordeling inhoudt van prestaties die de inschrijvers in het verleden hebben geleverd, maakt niet dat dit criterium als gunningscriterium ondeugdelijk is. Daarbij hebben de inschrijvers in het zicht van de aanbesteding ook voldoende ruimte gehad

om ervoor te zorgen dat zij vanaf het moment dat zij bekend waren met het feit dat deze aanbesteding op de aangekondigde wijze zou gaan plaatsvinden, te weten mei 2017, zorg- en evaluatieplannen op te stellen die in overeenstemming zijn met de eisen die de gemeenten daaraan in de offerte-aanvraag stellen. Vaststaat dat de inschrijvers daar dus vroegtijdig op konden anticiperen. Op basis van dit alles kan niet worden aangenomen dat gunningscriterium 1 niet deugt, omdat dit in feite een geschiktheidseis zou zijn.

Ook met betrekking tot de beweerdelijke (on)toelaatbaarheid van criterium 1 als gunningscriterium heeft overigens te gelden dat Multidag dit bezwaar eerder aan de gemeenten kenbaar had moeten maken.

Beoordeling en puntenaantal

Voor het overige heeft Multidag bezwaar gemaakt tegen de inhoudelijke beoordeling van haar inschrijving en het puntenaantal dat de beoordelaars van de gemeenten in dat kader aan haar inschrijving hebben toegekend.

Multidag heeft in deze kort gedingprocedure niet benoemd op welke punten de beoordelingen die de beoordelaars van de gemeenten hebben verricht aperte onjuistheden en/of onbegrijpelijkheden bevatten. Dit had, gezien de beoordelingsvrijheid die de beoordelaars van de gemeenten toekomt, wel op haar weg gelegen. Bij gebreke van een nadere toelichting, kan in deze kort gedingprocedure niet worden vastgesteld welke onderdelen van de door de gemeenten uitgevoerde beoordelingen zo evident onbegrijpelijk of fout zouden zijn beoordeeld dat dit tot heraanbesteding dan wel herbeoordeling van de inschrijving zou moeten leiden. Daarbij komt dat is gebleken dat Multidag in het kader van haar inschrijving enkel de formulieren ten behoeve van gunningscriterium 1 heeft ingevuld en aan de gemeenten heeft verstrekt en dat zij de formulieren betreffende de gunningscriteria 2 tot en met 4 blanco heeft aangeleverd. Deze formulieren konden door de beoordelaars van de gemeenten daarom niet worden beoordeeld, waardoor aan Multidag voor deze criteria de minimale score 1 is toegekend. Vaststaat derhalve dat, zelfs al zou zij voor gunningscriterium 1 de grens van 540 punten hebben behaald, zij nimmer aan de totaalscore van 1185 zou zijn gekomen die benodigd is om de opdracht (mede) gegund te krijgen.

Beslissing

De voorzieningenrechter wijst de vorderingen af.

de coöperatie

COÖPERATIE MULTIDAG U.A.,

gevestigd te Nijmegen,

eiseres,

advocaat mr. H.A. Schenke te Nijmegen,

tegen

1. de publiekrechtelijke rechtspersoon

GEMEENTE NIJMEGEN,

zetelend te Nijmegen,

2. de publiekrechtelijke rechtspersoon

GEMEENTE BERG EN DAL,

zetelend te Groesbeek,

3. de publiekrechtelijke rechtspersoon

GEMEENTE BEUNINGEN,

zetelend te Beuningen,

4. de publiekrechtelijke rechtspersoon

GEMEENTE DRUTEN,

zetelend te Druten,

5. de publiekrechtelijke rechtspersoon

GEMEENTE HEUMEN,

zetelend te Malden,

6. de publiekrechtelijke rechtspersoon

GEMEENTE MOOK EN MIDDELAAR

zetelend te Mook,

gedaagden,

advocaten mrs. I. Docter en F.J.J. Cornelissen te Nijmegen.

Partijen zullen hierna Multidag en de gemeenten worden genoemd.

1 De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding met producties 1 tot en met 4
- de brief van 21 november 2017 van Multidag
- de wijziging van eis met productie 5 van Multidag
- de nadere wijziging van eis van Multidag
- de productie 1 van de gemeenten
- de mondelinge behandeling van 8 december 2017
- de pleitnota van Multidag
- de pleitnota van de gemeenten
- de ter zitting overgelegde productie 2 van de gemeenten.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2 De feiten

2.1. Op 12 mei 2017 hebben de gemeenten een vooraankondiging van de Europese openbare aanbesteding “Openbare aanbesteding INK012 ambulante Wmo en Jeugdhulp 2018-2021” gepubliceerd. Op 26 juni 2017 is vervolgens de aanbe-

steding “Ambulante Wmo 2015 en Jeugdhulp” met kenmerk 17INK012 aangekondigd en hebben de gemeenten een offerteaanvraag gepubliceerd. Voorafgaand aan deze publicatie heeft een marktconsultatie plaatsgevonden. Potentiële inschrijvers, waaronder ook alle op dit moment (nog) gecontracteerde aanbieders van zorg, hebben daarbij de gelegenheid gehad mee te denken over de opzet van de aanbestedingsprocedure. In dat verband hebben de gemeenten een concept van het opgestelde aanbestedingsdocument aan potentiële inschrijvers en andere stakeholders ter beschikking gesteld, met de vraag hierop (inhoudelijk) te reageren.

2.2. Het uiteindelijke aanbestedingsdocument vermeldt voor zover thans van belang:

‘(...)

2.3 COMMUNICATIE

(...)

2.3.1 GELEGENHEID TOT VRAGEN STELLEN

(...)

De Offerteaanvraag is met de grootste zorg samengesteld. Indien Inschrijver van mening is dat de Offerteaanvraag, de Aanbestedingsprocedure en/of enig ander Aanbestedingsdocument een onduidelijkheid, (innerlijke) tegenstrijdigheid, onrechtmatigheid en/of andere onvolkomenheid bevat, dient hij dat (op straffe van rechtsverwerking) uiterlijk voor de deadline voor het stellen van vragen aan de Aanbestedende dienst kenbaar te maken op de wijze beschreven in deze paragraaf.

Indien een Inschrijver een vraag heeft gesteld, respectievelijk bezwaar heeft gemaakt, en het antwoord naar diens oordeel onbevredigend is, dient de Inschrijver op straffe van verval van recht uiterlijk 7 kalenderdagen voor de uiterlijke datum dat de Inschrijving moet zijn ingediend (zie de planning in paragraaf 2.2) de Aanbestedende dienst in kort geding te betrekken.

Indien de Inschrijver na de laatste Nota van Inlichtingen geen vragen stelt over of bezwaar maakt tegen bepalingen in de Aanbestedingsdocumenten en/of geen kort geding aanhangig maakt ingeval zij zich niet met de inhoud van de laatste Nota van Inlichtingen kan verenigen, dan kan de Inschrijver zich daar na Inschrijving (bijvoorbeeld bij afwijzing) niet meer op beroepen (rechtsverwerking). Hieruit vloeit voort dat het recht om na indiening van de Inschrijving te klagen over onduidelijkheden of onvolkomenheden of onrechtmatigheden in de Aanbestedingsdocumenten

vervalt indien niet tijdig, dus uiterlijk ter zake van de laatste Nota van Inlichtingen, daarover om opheldering wordt gevraagd. Inschrijvers dienen te allen tijde proactief te handelen.

(...)

4 GUNNINGSCRITERIA EN BEOORDELING

(...)

4.1 GUNNINGSCRITERIA VOOR KWALITEIT

(...)

De gunning op kwaliteitscriteria vindt plaats op basis van een afweging op de kwaliteitscriteria:

CRITERIUM	MAXIMALE AANTAL PUNTEN	WEGINGSFACTOR (TOOTAAL = 100)	MAXIMALE SCORE	VEREISTE SCORE VOOR GUNNING
1. Hulpverleningsplan en evaluatieplan	30	30	900	540
2. Bereik en participatie specifieke doelgroepen	10	20	200	-
3. Betaalbaarheid	20	25	500	-
4. Duurzaamheid	15	25	375	-
TOTAAL			1975	1185

De prijs vormt geen onderdeel van de beoordeling, omdat bij de uitvoering van de Opdracht gebruik gemaakt wordt van vaste tarieven.

4.1.1 CRITERIUM 1: HULPVERLENINGSPLAN EN EVALUATIEPLAN

Opdrachtgever hecht (er) veel waarde aan:

1. “één huishouden, één plan” waarin alle leefdoelmeinen aan bod komen en samenhang is tussen de hulp van de verschillende dienstverleners en de informele zorg en ondersteuning;
2. Dat iedereen zijn eigen mogelijkheden benut, zelfregie houdt over zijn leven en zijn sociale netwerk versterkt (samenredzaamheid);
3. Dat ook kwetsbare doelgroepen volwaardig kunnen meedoen in de samenleving en een betekenisvolle tijdsbesteding hebben aansluitend bij de wensen en mogelijkheden;

4. Methodisch werken aan ontwikkeling met door de Cliënt gedragen doelen en concrete acties.

Criteria

Bij de beoordeling wordt gekeken naar alle elementen a t/m f.

a) Er is een check gedaan van alle leefdoelmeinen. Leefdoelmeinen: inkomen, werk en opleiding, tijdsbesteding, huisvesting, huiselijke relaties, geestelijke gezondheid, lichamelijke gezondheid, middelengebruik, vaardigheden bij activiteiten van het dagelijks leven (ADL), sociaal netwerk (en woonomgeving), maatschappelijke participatie en justitie.

Score 1-5

b) Het plan is perspectiefgericht. Er zijn doelen geformuleerd die duidelijk, concreet en haalbaar zijn en die niet alleen perspectief bieden op de langere termijn, maar zich ook richten op praktische, snelle resultaten. Er zijn activiteiten geformuleerd gericht op het behalen van de korte- en lange termijn doelen met een duidelijke prioritering. Het evaluatieplan evalueert de doelen, zoals geformuleerd in het hulpverleningsplan.

Score 1-5

c) De informele en formele betrokkenen zijn in kaart gebracht. Er zijn afspraken gemaakt over hoe de afstemming tussen de betrokkenen eruit ziet. Er wordt beschreven wie de regie voert: Cliëntsysteem, casemanagement door de Opdrachtnemer, Gemeentelijke Toegangspoort, of Gecertificeerde Instelling. (...)

Score 1-5

d) Er is een goede balans tussen formele en informele zorg: en er wordt goed beschreven hoe wordt samengewerkt met het sociale netwerk en hoe gebruik wordt gemaakt van algemene voorzieningen en de informele voorzieningen in de samenleving (verenigingen en vrijwilligersorganisaties). Er wordt ook beschreven of individuele hulp (deels) omgezet kan worden in groepsactiviteiten met motivatie waarom dit al dan niet mogelijk is.

Score 1-5

e) De mogelijkheden voor deelname aan gewone maatschappelijke activiteiten worden onderzocht en gestimuleerd.

Voorbeelden van maatschappelijke activiteiten zijn: betaalde arbeid, onderwijs en opleiding, vrijwilligerswerk (burenhulp, mantelzorg), sociale contacten en actieve deelname aan het verenigingsleven.

Score 1-5

f) Er staat beschreven hoe er wordt gewerkt aan versteviging van de eigen regie van de Cliënt en de versterking van zijn/haar sociale netwerk. Het eigen denkvermogen (= leervermogen) wordt aangesproken en Cliënt is, naar vermogen, eigenaar en regisseur van zijn eigen plan.

Score 1-5

4.1.2 CRITERIUM 2: BEREIK EN PARTICIPATIE SPECIFIEKE DOELGROEPEN

Opdrachtgever hecht veel waarde aan een inclusieve samenleving waarin iedereen volwaardig kan meedoen. Dat vereist toegankelijkheid van de zorg voor alle burgers met een ondersteuningsvraag bijvoorbeeld vanwege lichamelijke, verstandelijke en/of psychische beperkingen. Daarbinnen zijn er kwetsbare doelgroepen met extra uitdagingen vanwege taal, etniciteit, culturele achtergrond, geloofsovertuiging en/of seksuele geaardheid. Van Opdrachtnemer wordt verwacht dat hij deze specifieke doelgroepen kan bereiken, in hun kracht zet, hun sociaal netwerk versterkt en laat meedoen in de samenleving.

(...)

4.1.3 CRITERIUM 3: BETAALBAARHEID

De Opdrachtnemer dient aan te geven hoe hij bijdraagt aan de betaalbaarheid van de zorg vanuit de doelstelling: licht waar kan, zwaar waar nodig. (...)

4.1.4 CRITERIUM 4: DUURZAAMHEID

Opdrachtgever hecht belang aan duurzaamheid rondom de thema's personeel en milieu. Een duurzaam personeelsbeleid is van cruciaal belang in de zorg: de kwaliteit van de zorg wordt voor een groot deel bepaald door de kwaliteit van het personeel, die match van het personeel met de Cliënt en de continuïteit van de Professional voor de Cliënt.

(...)

4.1.5 BEOORDELING GUNNINGSCRITEIA

De beantwoording van de criteria wordt beoordeeld aan de hand van de volgende afwegingen:

1. Is de beantwoording **passend**: In welke mate de antwoorden van Inschrijver invulling geeft en aansluit bij de doelstellingen, criteria, randvoorwaarden, werkwijze en uitvoering zoals de Aanbevestigende dienst beschrijft in deze Offerteaanvraag en

2. **Geborgd**: Hoe borgt inschrijver de antwoorden op de gunningscriteria in zijn organisatie en/of zijn werkproces.

Indien de beantwoording S (specifiek) M (meetbaar) A (acceptabel) R (realistisch) T (tijdgebonden) is, wordt dit extra gewaardeerd.

De scores 1 t/m 5 worden als volgt toegekend:

Uitstekend passend en geborgd, beantwoording laat zien op een zeer geloofwaardige en innovatieve en hoogstaande manier te kunnen bijdragen op het bereiken van de doelstellingen en is uitstekend ingebed en aantoonbaar geïntegreerd in het zorgproces. De informatie laat een zeer innovatieve aanpak zien en is buitengewoon SMART beschreven.	5
Goed passend en geborgd, beantwoording laat zien op een zeer geloofwaardige en hoogstaande manier te kunnen bijdragen aan het bereiken van de doelstellingen en is goed ingebed en aantoonbaar geïntegreerd in het zorgproces. De informatie laat een heldere en concrete aanpak zien en is SMART beschreven.	4
Voldoende passend en geborgd, beantwoording laat zien te kunnen bijdragen aan het bereiken van de doelstellingen en is enigszins ingebed en geïntegreerd in het zorgproces, en is op onderdelen SMART beschreven.	3
Gering passend en geborgd, de beantwoording laat in beperkte mate zien hoe kan worden bijgedragen aan het bereiken van de doelstellingen; de maatregelen zijn niet of niet voldoende concreet uitgewerkt en niet aantoonbaar geïntegreerd in het zorgproces, het plan is op het punt in kwestie nauwelijks SMART uitgewerkt.	2
Minimaal passend en geborgd, de beantwoording laat nauwelijks zien of er kan worden bijgedragen aan het bereiken van de doelstellingen. Van een SMART geformuleerde maatregel is geen sprake.	1

(...)

De Inschrijvingen worden beoordeeld door een beoordelingsteam. De leden van het beoordelingsteam beoordelen de Inschrijvingen allereerst individueel. Vervolgens komen de beoordelaars bij elkaar en wordt in een beoordelingsvergadering per gunningscriterium de gemiddelde score van de beoordelaars vastgesteld, afgerond op 2 decimalen. Deze score wordt vermenigvuldigd met de gegeven wegingsfactor. Bij de gunningscriteria 1, 2 en 3 wegen de onderliggende subgunningscri-

teria even zwaar. Bij het gunningscriterium 4 'Duurzaamheid' is er een verschillende wegingsfactor gekoppeld aan de verschillende subgunningscriteria. Deze wegingsfactoren staan weergegeven bij de subgunningscriteria van gunningscriterium 4.

Tot slot worden de gewogen subscores op de voet van gunningscriteria opgeteld tot de eindscore, deze wordt afgerond op 2 decimalen. In geval van twijfel of onduidelijkheid kunnen Inschrijvingen nogmaals door een ander team beoordeeld worden.

Om voor gunning in aanmerking te komen, dienen de Inschrijvingen tenminste 60% van de maximale eindscore te hebben behaald (1185 punten) met een vereiste minimale score op criterium 1 van 540 punten.

4.1.6 MONDELINGE TOELICHTING OP INSCHRIJVING

Inschrijvingen die een eindscore hebben behaald tussen 50% en 60% van de maximaal te behalen eindscore, (987 en 1185 punten, met de vereiste minimum score van 540 punten op criterium 1) worden in een mondelinge toelichting op de vier gunningscriteria bevestigd. Aan de hand van deze toelichting kunnen punten naar boven of naar beneden worden bijgesteld.'

2.3. De inschrijvingstermijn van de aanbesteding sloot op 20 september 2017.

2.4. De gemeenten hebben op dit moment raamovereenkomsten met 140 aanbieders van zorg. In totaal hebben 125 (van deze) aanbieders op de aanbesteding ingeschreven, waaronder Multidag. Iedere inschrijver die voldoende scoort op de gunningscriteria en aan de overige vereisten voldoet, komt in aanmerking voor een raamovereenkomst. Afhankelijk van het aantal percelen waarop een inschrijver heeft ingeschreven, heeft iedere inschrijver in totaal minimaal drie en maximaal acht zorgplannen ingediend met betrekking tot gunningscriterium 1. Daarnaast heeft iedere inschrijver de formulieren met betrekking tot de gunningscriteria 2, 3 en 4 ingediend.

2.5. Bij voorlopige gunningsbeslissingen van 26 oktober 2017 is door de gemeenten aan Multidag medegedeeld dat de opdracht niet aan haar is gegund. In deze brief is het aantal door Multidag behaalde punten op de verschillende gunningscriteria genoemd en staat vermeld wat de behaalde scores voor haar betekenen en op welke wijze zij daartegen bezwaar zou kunnen maken. Multidag

heeft ten aanzien van perceel A voor gunningscriterium 1 in totaal 270 punten gescoord en voor alle gunningscriteria tezamen 535 punten.

2.6. Bij brief van 31 oktober 2017 is de voorlopige gunningsbeslissing door de gemeenten van een nadere motivering voorzien door de opmerkingen die de beoordelaars op de inschrijvingen hebben aan Multidag kenbaar te maken. Deze brief vermeldt voor zover van belang:

'Criterium 1 Hulpverlenings- en evaluatieplan Percelen A, B en C

- Probleemgericht, zonder beschrijving eigen kracht/sterke kanten.
- Sociaal netwerk niet beschreven/ in kaart gebracht.
- Doelen zijn meer acties, te algemeen, niet SMART.
- Nauwelijks relatie met hulpverleningsinstanties (SWT).
- Gericht op behoud van ingezette hulp (dagbesteding).
- Geen 1-gezin 1-plan.

Criterium 2 Bereik en participatie specifieke doelgroepen

De gevraagde informatie is niet aangeleverd.

Criterium 3 Betaalbaarheid

De gevraagde informatie is niet aangeleverd.

Criterium 4 Duurzaamheid

De gevraagde informatie is niet aangeleverd.'

2.7. De gemeenten hebben aan alle inschrijvers die de opdracht niet gegund hebben gekregen de mogelijkheid geboden om op 9 november 2017 op gesprek te komen, in welk gesprek de gemeenten de afwijzing zou toelichten. Multidag heeft niet van deze mogelijkheid gebruik gemaakt.

3 Het geschil

3.1. Multidag vordert, bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

I te bepalen dat de door de gemeenten gehouden aanbestedingsprocedure nietig moet worden geacht, althans dat daarvan in rechte moet worden uitgegaan;

II de gemeenten te gebiedten om het thans voorliggende voornemen tot definitieve gunning van de opdracht op of na de veertigste werkdag na de datum van 26 oktober 2017, althans op een door de voorzieningenrechter te bepalen redelijke termijn in te trekken;

III de gemeenten te verbieden om op basis van de thans voorliggende gunningsbeslissing over te gaan tot gunning van de opdracht respectievelijk tot het sluiten van enige overeenkomst dienaangaande;

IV voor zover de gemeenten de opdracht na dit vonnis nog willen gunnen, de gemeenten te gebieden om binnen één week na de datum van dit vonnis, althans op een door de voorzieningenrechter te bepalen redelijke termijn, een nieuwe gunningsbeslissing te nemen, waarbij een voornemen tot gunning van de opdracht aan Multidag wordt uitgesproken;

V voor zover de gemeenten de opdracht na dit vonnis nog willen gunnen, de gemeenten te gebieden om binnen een week na de datum van dit vonnis, althans op een door de voorzieningenrechter te bepalen redelijke termijn, de inschrijving van Multidag opnieuw te beoordelen en de opdracht aan Multidag (mede) te gunnen, met dien verstande dat de beoordeling (mede) wordt uitgevoerd door het Sociale Wijkteam;

VI de gemeenten te veroordelen in de proceskosten en de nakosten, te vermeerderen met wettelijke rente.

3.2. De gemeenten voeren verweer en concluderen tot afwijzing van de vorderingen.

3.3. Op de stellingen van partijen zal hierna, voor zover voor de beoordeling van dit geschil van belang, worden ingegaan.

4 De beoordeling van het geschil

4.1. De spoedeisendheid van de vorderingen vloeit voldoende uit de stellingen van de Zorgaanbieders voort.

4.2. Multidag vordert in deze kort gedingprocedure kort gezegd heraanbesteding dan wel herbeoordeling van haar inschrijving. Multidag legt aan deze vordering ten grondslag dat de aanbestedingsprocedure zoals deze door de gemeenten is doorlopen niet rechtsgeldig is, omdat de inschrijvingen van de verschillende inschrijvers worden beoordeeld door een team van beoordelaars, zodat sprake is van een subjectieve beoordeling van de inschrijvingen die daardoor niet transparant is en in strijd is met de beginselen van het aanbestedingsrecht. De voorzieningenrechter overweegt hieromtrent als volgt. Een wijze van aanbesteden van diensten waarbij aangeleverde plannen en verstrekte informatie van inschrijvers worden beoordeeld door een team van deskundigen die punten toekennen en waarbij daarnaast een vergelijking wordt gemaakt tussen de verschillende

inschrijvingen, is op zichzelf gebruikelijk bij aanbestedingsprocedures en niet zonder meer ongeoorloofd, mits duidelijk is aan de hand van welke criteria de beoordelingen zullen plaatsvinden. In de onderhavige aanbesteding is in de offerteaanvraag op pagina 36 en verder betrekkelijk uitvoerig en nauwkeurig beschreven aan de hand van welke onderdelen de inschrijvingen op de verschillende criteria zullen worden beoordeeld en hoeveel punten per onderdeel van die beoordeling aan de inschrijvingen kunnen worden toegekend. Pagina 36 vermeldt in dat verband wat het maximaal te behalen aantal punten is per gunningscriterium en met welke wegingsfactor deze puntenscore wordt vermenigvuldigd, om uiteindelijk op een bepaalde eindscore uit te komen. Op pagina 41 is vervolgens een tabel opgenomen waarin de wijze van toekenning van punten wordt uitgelegd, waarbij aan de hand van een glijdende schaal score 5 past bij een uitstekend passend en geborgd zorgplan en score 1 bij een minimaal passend en geborgd zorgplan. De voorzieningenrechter is van oordeel dat de gemeenten daarmee de wijze waarop de inschrijvingen van inschrijvers zullen worden beoordeeld voldoende objectief, concreet en transparant kenbaar heeft gemaakt, zodat de wijze van beoordelen die de gemeenten in deze aanbestedingsprocedure hebben gehanteerd in aanbestedingsrechtelijke zin toelaatbaar moet worden geacht.

4.3. Daarnaast heeft te gelden dat als Multidag van mening is dat de wijze waarop de beoordeling zou gaan plaatsvinden niet voldoende objectief en transparant zou zijn, zij dit tijdig aan de gemeenten had moeten laten weten. De gemeenten hebben er in dat verband ter zitting op gewezen dat in het aanbestedingsdocument, waarmee Multidag zich bij inschrijving akkoord heeft verklaard, is bepaald dat als niet tijdig, dat wil zeggen (zeven dagen) voor het verstrijken van de inschrijvingstermijn, over een gebrek in de aanbestedingsprocedure is geklaagd, het recht voor inschrijvers om dit op een later moment alsnog te doen is vervallen c.q. verwerkt. Wat met deze bepaling is bedoeld, is - gelet op het verschil van mening tussen partijen op dat punt - een kwestie van uitleg van het aanbestedingsdocument. Een redelijke uitleg daarvan houdt, met inachtneming van de daarvoor geldende maatstaven, in dat een normaal oplettende en behoorlijk geïnformeerde inschrijver deze bepaling zo moet begrijpen dat als hij de kwestie niet tijdig aan de orde zou stellen, daar-

mee het recht om dit in een juridische procedure, nádat de inschrijvingen zijn voltooid en de aanbestedende dienst hun gunningsvoornemen bekend hebben gemaakt, alsnog te doen, is vervallen. Daarbij is van belang dat het bezwaar tegen de wijze van beoordelen dat Multidag maakt van begin af aan bestond. Dit bezwaar had zij gelet op het bepaalde in het aanbestedingsdocument in een eerder stadium aan de orde moeten en kunnen stellen en dat kan daarom in de onderhavige kort gedingprocedure niet meer. Toewijzing van de vorderingen strekkende tot heraanbesteding dan wel herbeoordeling van de inschrijvingen op deze grond is ook daarom niet mogelijk.

4.4. Wat betreft de inhoudelijke kant heeft Multidag zich op het standpunt gesteld dat gunningscriterium 1 in strijd is met het aanbestedingsrecht, omdat dit criterium betrekking heeft op de inschrijver en niet op de inschrijving, waardoor dit criterium in wezen een geschiktheidseis is en geen gunningscriterium. Ten aanzien van deze stelling overweegt de voorzieningenrechter als volgt. Vaststaat dat in het kader van gunningscriterium 1 van de inschrijvers, waaronder Multidag, werd verlangd dat zij, indien zij op de percelen WMO en Jeugdhulp inschreven, twee behandelplannen moesten overleggen en van één van die plannen ook het bijbehorende evaluatieplan. Volgens het aanbestedingsdocument werden deze plannen beoordeeld op de in dat document genoemde criteria, waarbij ten aanzien van die verschillende gunningscriteria een bepaald aantal punten kon worden gescoord. Geconstateerd moet worden dat de gemeenten zich op deze manier kennelijk een oordeel hebben willen vormen in het kader van de gunning van de opdracht aan verschillende inschrijvers over de kwaliteit van de door die inschrijvers geleverde diensten. Hoewel Multidag stelt dat dit niet is toegestaan, geldt dat artikel 2.115 Aanbestedingswet (Aw) alsmede de richtlijn waarop deze bepaling is gebaseerd aan de aanbestedende dienst de nodige vrijheid laten bij het bepalen van de gunningscriteria, om zodoende tot de beste prijs-kwaliteit verhouding te kunnen komen. Artikel 2.115 Aw noch de daaraan ten grondslag liggende richtlijn behelzen een limitatieve opsomming van de gunningscriteria aan de hand waarvan een aanbestedende dienst de economisch voordeligste aanbieding kan bepalen. Het is in beginsel dan ook aan het oordeel van de aanbestedende dienst te bepalen welke de gun-

ningscriteria zullen zijn, mits die gunningscriteria verband houden met het voorwerp van de overheidsopdracht.

4.5. Gezien de aard van de diensten, te weten zorgverlening, moet het aanvaardbaar worden geacht dat de gemeenten in het kader van de prijs-kwaliteit verhouding inzicht willen krijgen in de kwaliteit van de door de inschrijvers geleverde diensten. Aannemelijk is dat de wijze waarop het criterium is vormgegeven, waarbij dat inzicht wordt verkregen door overlegging van behandel- en evaluatieplannen, op zichzelf een adequaat middel is om de kwaliteit te meten. Het enkele feit dat dit een beoordeling inhoudt van prestaties die de inschrijvers in het verleden hebben geleverd, maakt niet dat dit criterium als gunningscriterium ondeugdelijk is. Daarbij hebben de inschrijvers in het zicht van de aanbesteding ook voldoende ruimte gehad om ervoor te zorgen dat zij vanaf het moment dat zij bekend waren met het feit dat deze aanbesteding op de aangekondigde wijze zou gaan plaatsvinden, te weten mei 2017, zorg- en evaluatieplannen op te stellen die in overeenstemming zijn met de eisen die de gemeenten daaraan in de offerteaanvraag stellen. Vaststaat dat de inschrijvers daar dus vroegtijdig op konden anticiperen. Op basis van dit alles kan niet worden aangenomen dat gunningscriterium 1 niet deugt, omdat dit in feite een geschiktheidseis zou zijn (HvJ 26 maart 2015, C-601/13). Deze grondslag kan aldus niet tot heraanbesteding dan wel herbeoordeling van de inschrijvingen leiden. Ook met betrekking tot de beweerdelijke (on)toelaatbaarheid van criterium 1 als gunningscriterium heeft overigens te gelden dat Multidag dit bezwaar eerder aan de gemeenten kenbaar had moeten maken en dat, nu zij dit niet heeft gedaan, dat bezwaar niet alsnog in deze kort gedingprocedure kan worden opgeworpen. Weliswaar is het begrijpelijk dat Multidag, als inschrijver die niet zo thuis is in het aanbestedingsrecht, zich dat niet (tijdig) zal hebben gerealiseerd, maar dit moet op grond van het aanbestedingsrecht voor haar rekening en risico blijven. Zij had zich immers van professionele bijstand kunnen voorzien om dit risico en de gevolgen daarvan af te wenden. De omstandigheid dat zij dat niet heeft gedaan, kan de gemeenten niet worden tegengeworpen.

4.6. Voorts heeft Multidag in zijn algemeenheid gesteld dat de aanbestedingsprocedure in wezen uitsluitend door de gemeenten is ingestoken als bezuiniging om uiteindelijk vanaf

1 januari 2018 minder zorgaanbieders onder contract te hebben. Dit standpunt vindt naar het oordeel van de voorzieningenrechter geen bevestiging in de aanbestedingsstukken of daarbuiten. Door de gemeenten is toegelicht dat zij aan de hand van ervaringen die zij in de periode 2015 tot 2018 hebben opgedaan de kwalitatieve aspecten van de te leveren zorg scherper in beeld hebben gebracht en in dat verband ook concreter en meer uitgewerkt in het aanbestedingsdocument hebben geformuleerd, zodat op basis daarvan een betere selectie op kwaliteit van de aangeboden zorg zou kunnen plaatsvinden. Nu geen aanleiding bestaat om aan de juistheid van deze toelichting te twijfelen en daarnaast enkel in de gemeente Nijmegen in het kader van WMO-zorg een maximale omvang van dat zorgperceel bestaat en in de overige gemeenten op beide zorgpercelen (WMO en Jeugdhulp) een ongelimiteerd aantal zorgaanbieders kunnen worden gecontracteerd, kan ook deze stelling Multidag niet baten.

4.7. Voor het overige heeft Multidag bezwaar gemaakt tegen de inhoudelijke beoordeling van haar inschrijving en het puntenaantal dat de beoordelaars van de gemeenten in dat kader aan haar inschrijving hebben toegekend. De voorzieningenrechter overweegt dat ten aanzien van de inhoudelijke beoordeling van een inschrijving als uitgangspunt heeft te gelden dat een aanbestedende dienst, althans de door de gemeenten geselecteerde beoordelaars, een ruime beoordelings- en waarderingsvrijheid toekomt. De beoordelingen kunnen slechts marginaal worden getoetst door de (voorzieningen)rechter, die op het terrein van de opdracht ook niet over de specifieke expertise pleegt te beschikken die voor de beoordeling nodig is. Dit betekent dat behoudens in geval van evidente onbegrijpelijkheden of fouten en andere evidente misslagen het niet aan de (voorzieningen)rechter is te treden in de beoordeling die de beoordelaars van de gemeenten hebben gegeven. Dat geldt temeer in kort geding, waar beperkte ruimte voor feitenonderzoek is.

4.8. Multidag heeft in deze kort gedingprocedure niet benoemd op welke punten de beoordelingen die de beoordelaars van de gemeenten hebben verricht aperte onjuistheden en/of onbegrijpelijkheden bevatten. Dit had, gezien de beoordelingsvrijheid die de beoordelaars van de gemeenten toekomt, wel op haar weg gelegen. Bij gebreke van een nadere toelichting, kan in deze kort gedingprocedure niet worden vastgesteld welke on-

derdelen van de door de gemeenten uitgevoerde beoordelingen zo evident onbegrijpelijk of fout zouden zijn beoordeeld dat dit tot heraanbesteding dan wel herbeoordeling van de inschrijving zou moeten leiden. Daarbij komt dat is gebleken dat Multidag in het kader van haar inschrijving enkel de formulieren ten behoeve van gunningscriterium 1 heeft ingevuld en aan de gemeenten heeft verstrekt en dat zij de formulieren betreffende de gunningscriteria 2 tot en met 4 blanco heeft aangeleverd. Deze formulieren konden door de beoordelaars van de gemeenten daarom niet worden beoordeeld, waardoor aan Multidag voor deze criteria de minimale score 1 is toegekend. Vaststaat derhalve dat, zelfs al zou zij voor gunningscriterium 1 de grens van 540 punten hebben behaald, zij nimmer aan de totaalscore van 1185 zou zijn gekomen die benodigd is om de opdracht (mede) gegund te krijgen. De bezwaren die Multidag tegen de inhoudelijk verrichte beoordeling van haar inschrijving heeft aangevoerd kunnen derhalve tot niets leiden.

4.9. Multidag vordert verder een verbod voor de gemeenten om op basis van de thans voorliggende gunningsbeslissing over te gaan tot gunning van de opdracht respectievelijk tot het sluiten van enige overeenkomst dienaangaande. Multidag heeft in dat kader aangevoerd dat in het aanbestedingsdocument is bepaald dat de aanbestedingsprocedure ook dan kan worden voortgezet als (bepaalde) inschrijvers tegen de voorlopige gunningsbeslissing opkomen, maar dat dit niet is geoorloofd. Deze stelling van Multidag gaat naar het oordeel van de voorzieningenrechter niet op. Daarvoor is van belang dat de gemeenten ter zitting voldoende aannemelijk hebben gemaakt dat op het moment dat in een gerechtelijke procedure op enig moment zou worden geoordeeld dat een herbeoordeling van de betreffende inschrijving zou moeten plaatsvinden en die partij daarna wel voor gunning in aanmerking zou komen, de opdracht zonder problemen alsnog (mede) aan die partij kan worden gegund.

4.10. Dit alles leidt tot de slotsom dat de vorderingen van Multidag zullen worden afgewezen.

4.11. Multidag zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. Deze kosten, vermeerderd met wettelijke rente, worden aan de zijde van de gemeenten tot op heden begroot op:

- griffierecht € 618,00
- salaris advocaat € 816,00

Totaal € 1.434,00

4.12. De gevorderde nakosten zullen worden toegewezen als na te melden.

5 De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. wijst de vorderingen af,

5.2. veroordeelt Multidag tot betaling van de proceskosten, aan de zijde van de gemeenten tot de uitspraak van dit vonnis begroot op € 1.434,00, waarin begrepen

€ 816,00 aan salaris advocaat, te vermeerderen met de wettelijke rente over deze kosten vanaf de vijftiende dag na de datum van dit vonnis,

5.3. veroordeelt Multidag, onder de voorwaarde dat zij niet binnen 14 dagen na aanschrijving door de gemeenten volledig aan dit vonnis voldoet, in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op:

- € 131,00 aan salaris advocaat, vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW met ingang van de vijftiende dag na aanschrijving,

- te vermeerderen, indien betekening van het vonnis heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 68,00 aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van het vonnis, vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW met ingang van de vijftiende dag na betekening,

5.4. verklaart deze kostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

hulp” met kenmerk 17INK012 aangekondigd en hebben de gemeenten een offerteaanvraag gepubliceerd.

In totaal hebben 125 aanbieders op de aanbesteding ingeschreven, waaronder eiser. Bij voorlopige gunningsbeslissing van 26 oktober 2017 is door de gemeenten aan eiser medegedeeld dat de opdracht niet aan eiser is gegund. Bij brief van 31 oktober 2017 is de voorlopige gunningsbeslissing door de gemeenten van een nadere motivering voorzien door de opmerkingen die de beoordelaars op de inschrijvingen hebben aan eiser kenbaar te maken.

Eiser vordert in deze kort gedingprocedure kort gezegd heraanbesteding dan wel herbeoordeling van zijn inschrijving.

Toelaatbaarheid gunningscriterium

Eiser heeft zich allereerst op het standpunt gesteld dat gunningscriterium 1 in strijd is met het aanbestedingsrecht, omdat dit criterium betrekking heeft op de inschrijver en niet op de inschrijving, waardoor dit criterium in wezen een geschiktheidseis is en geen gunningscriterium.

Gezien de aard van de diensten, te weten zorgverlening, moet het aanvaardbaar worden geacht dat de gemeenten in het kader van de prijs-kwaliteit verhouding inzicht willen krijgen in de kwaliteit van de door de inschrijvers geleverde diensten. Aannemelijk is dat de wijze waarop het criterium is vormgegeven, waarbij dat inzicht wordt verkregen door overlegging van behandel- en evaluatieplannen, op zichzelf een adequaat middel is om de kwaliteit te meten. Het enkele feit dat dit een beoordeling inhoudt van prestaties die de inschrijvers in het verleden hebben geleverd, maakt niet dat dit criterium als gunningscriterium ondeugdelijk is. Daarbij hebben de inschrijvers in het zicht van de aanbesteding ook voldoende ruimte gehad om ervoor te zorgen dat zij vanaf het moment dat zij bekend waren met het feit dat deze aanbesteding op de aangekondigde wijze zou gaan plaatsvinden, te weten mei 2017, zorg- en evaluatieplannen op te stellen die in overeenstemming zijn met de eisen die de gemeenten daaraan in de offerteaanvraag stellen. Vaststaat dat de inschrijvers daar dus tijdig op konden anticiperen. Op basis van dit alles kan niet worden aangenomen dat gunningscriterium 1 niet deugt, omdat dit in feite een geschiktheidseis zou zijn.

Daarnaast heeft te gelden dat als eiser van mening is dat de wijze waarop de beoordeling zou gaan plaatsvinden niet voldoende objectief en transparant zou zijn, hij dit tijdig aan de gemeenten had moeten laten weten.

44

Voorzieningenrechter Rechtbank Gelderland
15 december 2017, nr. C/05/329098/KG ZA
17-560, ECLI:NL:RBGEL:2017:6697
(mr. Boonekamp)

Beoordeling gunningscriteria. Toelaatbaarheid gunningscriteria. Wijziging gunningscriteria. Samenstelling beoordelingscommissie.

Op 12 mei 2017 hebben de gemeente Nijmegen, de gemeente Berg en Dal, de gemeente Beuningen, de gemeente Druten, de gemeente Heumen en de gemeente Mook en Middelaar (hierna: de gemeenten) een vooraankondiging van de Europese openbare aanbesteding “Openbare aanbesteding INK012 ambulante Wmo en Jeugdhulp 2018-2021” gepubliceerd. Op 26 juni 2017 is vervolgens de aanbesteding “Ambulante Wmo 2015 en Jeugd-

Wijziging subgunningscriterium

De voorzieningenrechter overweegt dat het op zichzelf juist is dat een wijziging van gunningscriteria in beginsel niet is geoorloofd gedurende de looptijd van een aanbestedingsprocedure. De reden daarvoor is gelegen in de omstandigheid dat potentiële inschrijvers op grond van een gunningscriterium zoals dat in de desbetreffende aanbesteding bekend is gemaakt, kunnen hebben afgezien van een inschrijving op grond van die criteria en dat, wanneer dat gunningscriterium op een later moment wordt gewijzigd, potentiële inschrijvers die niet meedoen aan de aanbestedingsprocedure dan mogelijk toch mee hadden willen doen, maar daartoe geen kans meer hebben gehad. In de onderhavige aanbestedingsprocedure kan de wijziging van subcriterium 1 van gunningscriterium 4 dit effect echter redelijkerwijs niet hebben veroorzaakt. Ook deze grondslag kan daarom niet tot toewijzing van de vordering tot heraanbesteding, dan wel herbeoordeling leiden.

Beoordeling inschrijving

Eiser betoogt dat de gemeenten zich niet hebben gehouden aan de in de offerteaanvraag neergelegde wijze van beoordelen. In dat verband heeft eiser gesteld dat de gemeenten hadden moeten werken met een scoringstabel, zoals die in de offerteaanvraag is afgedrukt, en de gemeenten dat niet hebben gedaan. Voorts heeft eiser zich op het standpunt gesteld dat de gemeenten de inschrijvingen niet hebben getoetst aan de subcriteria van de gunningscriteria zoals die in de offerteaanvraag zijn verwoord. De voorzieningenrechter is van oordeel dat beide bezwaren geen doel treffen. In de eerste plaats is van belang dat uit de offerteaanvraag niet valt af te leiden dat de gemeenten zich ertoe hebben verplicht met een scoringstabel te werken, die zij bij het geven van de beoordeling van de inschrijvingen dienden in te vullen. Daarnaast hebben de gemeenten nauwkeurig en gespecificeerd gemotiveerd dat zij wel aan de hand van de subcriteria hebben beoordeeld en per subcriterium van de gunningscriteria ook telkens punten hebben toegekend.

Eiser heeft zich verder op het standpunt gesteld dat bij sommige inschrijvingen een beoordeling door een derde beoordelaar heeft plaatsgevonden, zonder dat daarin in de offerteaanvraag is voorzien en zonder dat duidelijk is waarom die derde beoordeling in het ene geval wel en in het andere geval niet is uitgevoerd. Uit de reactie van de gemeenten is echter duidelijk geworden dat de ge-

meenten in overeenstemming met de offerteaanvraag hebben gehandeld, zodat ook dit bezwaar ongegrond is.

Voor het overige heeft eiser bezwaar gemaakt tegen de inhoudelijke beoordeling van zijn inschrijving en het puntenaantal dat de beoordelaars van de gemeenten in dat kader hebben toegekend. Eiser heeft in dit verband een herbeoordeling van zijn inschrijving door Meerding Management & Consultancy B.V. in het geding gebracht, waarin aan zijn inschrijving voldoende punten zijn toegekend om de opdracht (voorlopig) gegund te krijgen. Het enkele feit dat een beoordelaar van eigen signatuur tot op zekere hoogte tot een andere beoordeling van de inschrijving dan de beoordelaars van de gemeenten is gekomen, brengt echter niet zonder meer met zich dat de beoordelingen van de beoordelaars van de gemeenten onjuist zijn, gelet op de beoordelingsvrijheid die de gemeenten als aanbestedende dienst toekomt. Eiser is ter zitting zijn volledige inschrijving puntsgewijs langsgaan. Op zichzelf moet naar aanleiding daarvan worden toegegeven dat die elementen in de zorgplannen aanwezig zijn die in overeenstemming lijken te zijn met wat volgens de gunningscriteria van de plannen werd verlangd. Daarmee is echter nog niet gezegd dat de wijze waarop deze elementen in de plannen zijn vormgegeven en verwoord in overeenstemming zijn met datgene wat de gemeenten aan de hand van de subcriteria van de plannen verwachtte en mocht verwachten. Of dat zo is, behoort tot de beoordelingsvrijheid van de gemeenten. Op basis daarvan kan daarom niet worden vastgesteld welke onderdelen van de door de gemeenten uitgevoerde beoordelingen zo evident onbegrijpelijk of fout zouden zijn beoordeeld dat dit tot heraanbesteding dan wel herbeoordeling van de inschrijving van eiser zou moeten leiden.

Beslissing

De voorzieningenrechter wijst de vorderingen af.

[eiser], *HANDELEND ONDER DE NAAM ZORG OP MAAT NIJMEGEN*,
wonende en kantoorhoudende te Nijmegen,

eiser,

advocaten mrs. T. van der Meeren en A.R.S. Janssen te Heilig Landstichting,
tegen

1. de publiekrechtelijke rechtspersoon

GEMEENTE BERG EN DAL,

zetelend te Groesbeek,

2. de publiekrechtelijke rechtspersoon

GEMEENTE BEUNINGEN,

zetelend te Beuningen Gld,

3. de publiekrechtelijke rechtspersoon

GEMEENTE DRUTEN,

zetelend te Druten,

4. de publiekrechtelijke rechtspersoon

GEMEENTE HEUMEN,

zetelend te Malden,

5. de publiekrechtelijke rechtspersoon

GEMEENTE MOOK EN MIDDELAAR,

zetelend te Mook,

6. de publiekrechtelijke rechtspersoon

GEMEENTE NIJMEGEN,

zetelend te Nijmegen,

gedaagden,

advocaten mrs. I. Docter en F.J.J. Cornelissen te Nijmegen.

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

45

Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag
21 december 2017, nr. C-09-541956-KG ZA
17-1396, ECLI:NL:RBDHA:2017:15464
(mr. Hage)

Raamovereenkomst. Grossmann. Rechtsverwerking.

De Nationale Databank Wegverkeersgegevens (NDW) is een publiek-publieke samenwerking van en voor wegbeheerders met ongeveer twintig publieke partners, waaronder het Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat. NDW is een Europese aanbesteding gestart voor de inkoop van verkeersgegevens.

De aanbesteding heeft geresulteerd in een raamcontract met diverse raamcontractanten, waaronder Swarco Nederland B.V. (hierna: Swarco) en ARS Traffic & Transport Technology B.V. (hierna: ARS). De raamovereenkomst is namens de Staat ondertekend door de directeur van NDW.

In de "Werkwijze binnen de Raamovereenkomst Levering Verkeersgegevens" van 13 december 2013 staat vermeld: "(...) Binnen de raamovereenkomst worden alle te vergeven opdrachten aanbesteed. Hierbij wordt een offerteaanvraag aan alle partijen binnen de raamovereenkomst gestuurd, waarin partijen worden uitgenodigd om een offerte in te dienen. Na beoordeling van de offertes wordt de opdracht gegund. Hiertoe wordt met de Opdrachtnemer vervolgens een overeenkomst aangegaan."

Eén van de te vergeven opdrachten is de opdracht voor "de inwinning en levering van verkeersgegevens aan NDW op verzoek van de NDW partner Rijkswaterstaat" (hierna: Opdracht 1).

NDW heeft alle raamcontractanten uitgenodigd om in te schrijven voor Opdracht 1. Alleen Swarco en ARS hebben een inschrijving ingediend. Bij brief van 30 maart 2017 heeft NDW aan Swarco bericht dat de percelen B en C zullen worden gegund aan ARS en dat NDW ten aanzien van perceel A nog uitzoekwerk moet verrichten naar de grote afwijking tussen de offerte van Swarco en de raming van NDW.

Bij brief van 6 april 2017 heeft NDW aan Swarco bericht dat zij heeft besloten niet tot gunning voor perceel A over te gaan, omdat de offerte van Swarco geen passende aanbieding is en dat de opdracht voor perceel A waarschijnlijk opnieuw geformuleerd en uitgevraagd zal worden.

NDW is vervolgens een nieuwe aanbesteding gestart voor perceel A (hierna: Opdracht 2). Perceel A is daarbij in twee percelen opgedeeld (A1 en A2), waarbij een gegadigde maximaal één perceel gegund kan krijgen.

Swarco, ARS en HIG Traffic Systems B.V. (hierna: HIG) hebben een inschrijving ingediend voor Opdracht 2. Op 17 oktober 2017 heeft NDW aan Swarco bericht dat zij voornemens is perceel A1 aan ARS te gunnen en perceel A2 aan HIG.

De primaire vordering van Swarco strekt tot uitsluiting van ARS voor de gunning van Opdracht 2 (perceel A1 en A2). De Staat heeft als meest verstrekkende verweer aangevoerd dat Swarco hier te laat over klaagt. Dat verweer slaagt. Uit het 'Grossmann-arrest' en de daarop gebaseerde jurisprudentie volgt dat van een adequaat handelend inschrijver/gegadigde mag worden verwacht dat

hij zich proactief opstelt bij het naar voren brengen van bezwaren in het kader van een aanbestedingsprocedure.

Niet in geschil is dat uit vraag en antwoord 4 van de Nota van Inlichtingen van 25 september 2017 onmiskenbaar volgt dat ARS niet zal worden uitgesloten van deelname aan de aanbesteding voor Opdracht 2. Het had op de weg van Swarco gelegen daar op dat moment bezwaar tegen te maken en niet pas nadat de inschrijvingen waren beoordeeld en een gunningsbeslissing was genomen. Indien Swarco – zoals zij stelt – vertrouwde op een toezegging van de zijde van NDW dat ARS niet mee zou mogen doen aan de aanbesteding voor Opdracht 2, had zij die vermeende toezegging op dat moment aan NDW moeten tegenwerpen. Swarco heeft echter zonder protest een inschrijving ingediend en is daarmee akkoord gegaan met de aanbestedingsvoorwaarden. Gelet hierop heeft Swarco haar recht verwerkt om daar nu nog bezwaar tegen te maken. Swarco heeft nog aangevoerd dat NDW ten onrechte geen Alcateltermijn in acht heeft genomen voor wat betreft het besluit om ARS toe te laten in de aanbesteding voor Opdracht 2. Dat betoog kan niet worden gevolgd. De Alcateltermijn is immers een termijn die de aanbestedende dienst na de mededeling van de (voorlopige) gunningsbeslissing in acht moet nemen om alle inschrijvers in staat te stellen om gedurende een bepaalde periode bezwaar aan te tekenen tegen het voornemen tot gunning. De mededeling van NDW in de Nota van Inlichtingen dat geen van de raamcontractanten zal worden uitgesloten van deelname, is geen gunningsbeslissing. De primaire vordering van Swarco zal dan ook worden afgewezen.

De subsidiaire vordering van Swarco strekt ertoe de Staat te dwingen een gunningsbeslissing te nemen voor perceel A in de aanbesteding voor Opdracht 1. Ook de gronden waarop Swarco die vordering baseert, kunnen thans niet meer worden beoordeeld. Met de subsidiaire vordering beoogt Swarco immers beslissingen terug te draaien die in de aanbesteding voor Opdracht 1 zijn genomen. Swarco heeft daartoe bezwaren geformuleerd tegen de gunningsbeslissing van 30 maart 2017, waarmee de percelen B en C aan ARS zijn gegund, en tegen de brief van 6 april 2017 waarin NDW heeft meegeedeeld de inschrijving van Swarco geen passende inschrijving te vinden en de aanbesteding te staken voor wat betreft perceel A. Echter, in die brieven staan termijnen vermeld waarbinnen Swarco haar bezwaren kenbaar diende te maken. Die termijnen zijn thans (ruimschoots) verstreken, zodat de bezwaren van Swarco ook op deze punten

tardief zijn. Swarco heeft de beslissing om de percelen B en C aan ARS te gunnen en de aanbesteding te staken voor wat betreft perceel A geaccepteerd door indertijd geen procedure aanhangig te maken. Daarmee zijn die beslissingen onherroepelijk vast komen te staan.

Nu de Staat voornemens is de opdracht voor perceel A1 ook definitief te gunnen aan ARS, brengt voormelde beslissing mee dat ARS geen belang (meer) heeft bij toewijzing van haar vordering, zodat deze wordt afgewezen.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Swarco Nederland B.V.,

statutair gevestigd te Haarlemmermeer, eiseres,

advocaat mr. B.M. Vijverberg te Diessen, tegen:

de Staat der Nederlanden, het ministerie van Infrastructuur en Milieu, meer specifiek Nationale Databank Wegverkeersgegevens, zetelend te Den Haag,

gedaagde,

advocaat mr. A.C.M. Remmé te Utrecht,

waarin is tussengekomen:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

ARS Traffic & Transport Technology B.V.,

gevestigd te Den Haag,

advocaat mr. A.C.M. Fischer-Braams te Rijswijk.

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

46

Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag

21 december 2017, nr. C-09-542042-KG ZA

17-1403, ECLI:NL:RBDHA:2017:15465

(mr. Hage)

Noot mr. M.M. Fimerius en mr. M.J. Verbaken

Ingrijpen in gesloten overeenkomst. Wezenlijke wijziging.

[Aanbestedingswet 2012 art. 4.15]

Rijkswaterstaat heeft in april 2017 een openbare Europese aanbestedingsprocedure gehouden voor de levering van wegzout, opgedeeld in twee

percelen. Eurosalt en FAM hebben een inschrijving ingediend. De opdracht is voor beide percelen gegend aan FAM. Eurosalt is als tweede geëindigd. Het eerste deel van het door FAM te leveren wegzout is in augustus 2017 in Nederland aangekomen. Bij e-mailbericht van 14 september 2017 heeft Rijkswaterstaat aan FAM bericht dat het zout niet voldoet aan par. 4.1 van het programma van eisen. Op 18 oktober 2017 is het tweede deel van het door FAM te leveren wegzout in Nederland aangekomen. Rijkswaterstaat heeft FAM bericht het wegzout niet te accepteren, omdat onderzoek van SGS heeft uitgewezen dat ook dat wegzout niet voldoet aan de vereiste korrelgrootte.

Eurosalt vordert Rijkswaterstaat te bevelen de overeenkomst te ontbinden. Daartoe voert Eurosalt – samengevat – het volgende aan. Vaststaat dat al het door FAM geleverde wegzout niet voldoet aan de gestelde eisen. Herstel van het geconstateerde gebrek is technisch (bijna) onmogelijk. Rijkswaterstaat kan FAM niet oneindig de gelegenheid bieden tot herstel. De finale leveringstermijn die in de overeenkomst is opgenomen is thans ruimschoots overschreden en er is geen enkele aanwijzing dat FAM heeft geleerd van de tekortkomingen in augustus. Door ruimschoots na 1 oktober 2017 opnieuw de mogelijkheid te bieden tot herstel gaat Rijkswaterstaat de grens van een wezenlijke wijziging van de opdracht over. Rijkswaterstaat handelt niet binnen de kaders van de overeenkomst. Zowel de non-conformiteit van het geleverde wegzout als het overschrijden van de finale leveringsdatum is reden om de overeenkomst met FAM te ontbinden. Rijkswaterstaat is op grond van het gelijkheidsbeginsel gehouden de ontbinding in te roepen.

Ontbinding overeenkomst

Eurosalt beroept zich kennelijk op artikel 4.15 lid 1, aanhef en onder a Aanbestedingswet. Daarin wordt bepaald dat een als resultaat van een gunningsbeslissing gesloten overeenkomst vernietigbaar is indien de overeenkomst is gesloten zonder voorafgaande aankondiging van de opdracht. Volgens Eurosalt is de opdracht wezenlijk gewijzigd doordat Rijkswaterstaat geruime tijd na de finale opleverdatum nog steeds de mogelijkheid biedt aan FAM tot herstel.

In deze procedure wordt tot uitgangspunt genomen dat het door FAM aangeboden wegzout niet voldoet aan de eisen die daaraan in de aanbestedingsprocedure zijn gesteld. Voorts staat vast dat de finale opleverdatum van 1 oktober 2017 is verstreken. Voor zover Eurosalt betoogt dat het enkele feit dat FAM met het verstrijken van de finale ople-

verdatum geen wegzout conform alle eisen heeft geleverd reeds meebrengt dat de opdracht wezenlijk is gewijzigd, kan dat betoog niet worden gevolgd. De in de overeenkomst opgenomen boeteclausules duiden er immers op dat is voorzien in de mogelijkheid van een latere levering en dat Rijkswaterstaat de mogelijkheid van herstel kan bieden indien het zout niet voldoet. Uit de overgelegde correspondentie volgt dat Rijkswaterstaat ook aanspraak maakt op die boete.

Eurosalt heeft voorts gesteld dat herstel uit technisch oogpunt onmogelijk, dan wel ongeloofwaardig is, zodat geen reële kans bestaat dat FAM alsnog aan haar uit de overeenkomst voortvloeiende verplichtingen kan voldoen. Zowel Rijkswaterstaat als FAM heeft ter zitting evenwel onderbouwd aangevoerd dat de levering van deugdelijk wegzout binnen afzienbare termijn mogelijk is, zodat voornoemde stelling van Eurosalt niet kan worden gevolgd.

Eurosalt heeft op zichzelf terecht gesteld dat Rijkswaterstaat eerder de mogelijkheid aan FAM heeft geboden voor herstel, met de sommatie om dat uiterlijk op 2 november 2017 te doen, en nu nogmaals met een uiterste datum van 15 december 2017. Anders dan Eurosalt is de voorzieningenrechter van oordeel dat Rijkswaterstaat hiermee binnen de grenzen van het contract opereert. Daartoe is redengevend dat de mogelijkheid van ontbinding – zoals de Staat onweersproken heeft aangevoerd – is opgenomen als een ultimatum remedium en als een mogelijkheid voor de opdrachtgever. Dat Rijkswaterstaat die mogelijkheid voor ogen heeft, volgt uit de e-mail van 14 november 2017, waarin Rijkswaterstaat zich uitdrukkelijk het recht voorbehoudt om de overeenkomst te ontbinden indien FAM niet uiterlijk op 15 december 2017 wegzout levert overeenkomstig de eisen. Hierbij wordt nog opgemerkt dat Rijkswaterstaat ook indien de opdrachtnemer na aanmaning niet binnen een gestelde termijn voldoet, op grond van artikel 12 Algemene Rijksinkoopvoorwaarden 2016 niet is gehouden tot ontbinding van de overeenkomst over te gaan. Rijkswaterstaat kan er in die situatie immers ook voor kiezen tot herstel of vervanging van het product door een derde over te gaan op kosten van FAM. Weliswaar is denkbaar dat voortdurende coulance van de zijde van Rijkswaterstaat zal leiden tot een wezenlijke wijziging van de opdracht, maar die situatie doet zich nu nog niet voor.

Gelet op het voorgaande brengt de omstandigheid dat Rijkswaterstaat tot op heden niet tot ontbinding van de overeenkomst is overgegaan, niet mee dat sprake is van een wezenlijke wijziging van de opdracht.

Beslissing

De voorzieningenrechter wijst het gevorderde af.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Eurosalt Handelmaatschappij B.V.,

gevestigd te Moerdijk,

eiseres,

advocaat mr. W.M. Ritsema van Eck te Leiden,

tegen:

de publiekrechtelijke rechtspersoon

de Staat der Nederlanden (het Ministerie van Infrastructuur en Milieu, Rijkswaterstaat),

zetelend te Den Haag,

gedaagde,

advocaat mr. D. Wolters Rückert te Den Haag,

waarin is tussengekomen:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

FAM International B.V.,

gevestigd te Antwerpen,

advocaat mr. F.A. Hoveijn te Utrecht.

Partijen worden hierna respectievelijk aangeduid als 'Eurosalt', 'de Staat' en 'FAM'.

1 De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding met producties;
- de door de Staat overgelegde producties;
- de incidentele conclusie tot tussenkomst c.q. voeging;
- de bij de mondelinge behandeling door alle partijen overgelegde pleitnotities.

1.2. De mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden op 7 december 2017. Ter zitting is vonnis bepaald op heden.

2 Het incident tot tussenkomst c.q. voeging

2.1. FAM heeft (primair) gevorderd te mogen tussenkomen in de procedure tussen Eurosalt en de Staat. Ter zitting hebben Eurosalt en de Staat verklaard geen bezwaar te hebben tegen de tussenkomst. FAM is vervolgens toegelaten als tussenkomende partij, aangezien zij aannemelijk heeft gemaakt dat zij daarbij voldoende belang heeft. 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. Rijkswaterstaat heeft in april 2017 een openbare Europese aanbestedingsprocedure gehouden voor de levering van wegeenzout, opgedeeld in twee percelen. In Bijlage A bij het Inschrijvings- en beoordelingsdocument (het Programma van Eisen) staat, voor zover hier relevant, vermeld:

“ 4. PRODUCTEISEN EN VERIFICATIE**4.1. Producteisen**

(...) Voor het te leveren zout binnen alle percelen dient het zout minimaal te voldoen aan de navolgende eisen. (...)

Korrelverdeling:

De zeeffractie van het wegeenzout kleiner dan 0,16 mm mag ten hoogste 5 massaprocenten bedragen.

(...)

4.2. Verificatie van het te leveren product

(...)

De opdrachtgever behoudt zich te alle tijde het recht de kwaliteit van het te leveren wegeenzout te laten onderzoeken om vast te stellen of het wegeenzout voldoet aan de gestelde producteisen. Dit kan zijn voor aanvang van de levering of tijdens de levering. Het onderzoek zal (steekproefsgewijs) verricht worden door een geaccrediteerde onderzoeksinstantie. De uitkomst(en) van het onderzoek word(t/en) bindend verklaard voor alle betrokken partijen. Indien afwijkingen geconstateerd worden, dient de leverancier de gebreken op zijn kosten te herstellen zodanig dat aan de verlangde kwaliteit wordt voldaan een en ander voor de finale opleverdatum. Mocht de finale opleverdatum hierdoor overschreden worden dan treedt/treden de boeteclausule(s) in werking.”

3.2. Eurosalt en FAM hebben een inschrijving ingediend. De opdracht is voor beide percelen gegund aan FAM. Eurosalt is als tweede geëindigd. Op 24 juli 2017 zijn de gelijkkluidende overeenkomsten voor beide percelen gesloten (hierna: de overeenkomst).

3.3. In de overeenkomst is in artikel 3.1 opgenomen dat het wegeenzout uiterlijk op 1 oktober 2017 diende te worden geleverd op de opslaglocaties. Voorst staat in de overeenkomst vermeld:

“3.2 Indien het Product niet binnen de overeengekomen termijn is geleverd, is Leverancier aan Koper een onmiddellijk opeisbare boete verschuldigd van 0,15 % van de prijs van het desbetreffende Product voor elke dag dat deze tekortkoming voortduurt, tot een maximum van 10% daarvan. Indien de

Levering anders dan door overmacht blijvend onmogelijk is geworden, is de boete van in totaal 10% van de prijs van het desbetreffende Product onmiddellijk geheel verschuldigd.

De boete komt Koper toe, onverminderd alle andere rechten of vorderingen, daaronder mede begrepen: a. zijn vordering tot nakoming van de overeengekomen verplichting tot Levering van het Product (voor zover nakoming niet blijvend onmogelijk is geworden);

b. zijn recht op schadevergoeding.”

3.4. Op de overeenkomst zijn de Algemene Rijksinkoopvoorwaarden 2016 (Ariv 2016) van toepassing verklaard. In artikel 12.1 Ariv 2016 staat vermeld:

“ Artikel 12 Tekortschieten in de nakoming

12.1 Indien het afgeleverde Product niet aan de in artikel 4 bedoelde garanties voldoet, kan Koper eisen dat Leverancier het Product herstelt of vervangt. De daarmee gemoeide kosten komen voor rekening van Leverancier.

12.2 Indien Leverancier niet, nadat hij daartoe door Koper schriftelijk is aangemaand, binnen de daarin gestelde termijn voldoet aan een eis als bedoeld in artikel 12.1, is Koper, zonder voorafgaande rechterlijke tussenkomst, bevoegd te kiezen tussen: a. vervanging of herstel van het Product door een derde op kosten en voor rekening van Leverancier; b. retournering van het desbetreffende Product voor rekening en risico van Leverancier en ontbinding van de Overeenkomst (...) en dientengevolge creditering van (het gedeelte van) de koopprijs dat voor het desbetreffende Product reeds is betaald.

12.3 Het bepaalde in de artikelen 12.1 en 12.2 laat overige rechten en vorderingen die Koper aan een tekortkoming kan ontlenen onverlet, (...)”

3.5. Het eerste deel van het door FAM te leveren wegenzout is in augustus 2017 in Nederland aangekomen.

3.6. Bij e-mailbericht van 14 september 2017 heeft Rijkswaterstaat aan FAM bericht:

“Zoals u bekend is, heeft de geaccrediteerde onderzoeksinstantie SGS op verzoek van Rijkswaterstaat de kwaliteit van het te leveren wegenzout onderzocht om vast te stellen of het wegenzout voldoet aan de gestelde producteisen. (...)”

Uit de resultaten van de zeeanalyse (...) wordt duidelijk dat de zee fractie van het wegenzout kleiner dan 0,16 mm meer dan 5 massaprocent bedraagt (respectievelijk 10,3%, 10,2%, 10,8%, 9,9%

en 10,2%). Het door u te leveren zout voldoet thans dat ook niet aan de in paragraaf 4.1 van het programma van eisen vereiste korrelverdeling.

(...)

Voor de goede orde wijs ik u er nogmaals op dat u wegenzout dient te leveren dat voldoet aan de eisen. U dient te gebreken dan ook te herstellen, zodanig dat aan de in het programma van eisen verlangde kwaliteit wordt voldaan en wel uiterlijk op 1 oktober 2017. Indien de finale opleverdatum wordt overschreden treden de boeteclausules in werking. Graag verneem ik op welke wijze u de gebreken zal herstellen.

(...)

Om misverstanden te voorkomen benadruk ik nogmaals dat **de finale opleverdatum van 1 oktober 2017 onverkort van toepassing blijft.** (...)”

3.7. Op 18 oktober 2017 is het tweede deel van het door FAM te leveren wegenzout in Nederland aangekomen. Rijkswaterstaat heeft FAM bericht het wegenzout niet te accepteren, omdat onderzoek van SGS heeft uitgewezen dat ook dat wegenzout niet voldoet aan de vereiste korrelgrootte. Rijkswaterstaat heeft FAM voorts bij e-mailbericht van 19 oktober 2017 in gebreke gesteld en gesommeerd uiterlijk 2 november 2017 alsnog wegenzout te leveren dat aan de eisen van de overeenkomst voldoet.

3.8. Op 24 oktober 2017 heeft Rijkswaterstaat schriftelijk aan FAM bericht coulancehalve bereid te zijn het zout te laten lossen op loslocaties van Rijkswaterstaat, maar dat dat geen acceptatie van het zout inhoudt. Tevens heeft Rijkswaterstaat FAM opnieuw gesommeerd uiterlijk 2 november 2017 wegenzout te leveren conform de overeenkomst.

3.9. Bij e-mailbericht van 14 november 2017 heeft de raadsman van de Staat aan de raadsman van FAM bericht:

“In antwoord op uw (...) e-mail liet ik u gisteren telefonisch weten dat Rijkswaterstaat het wegenzout waarvan de zee fractie kleiner dan 0,16 mm meer dan 5% bedraagt, niet accepteert. De contractuele boete loopt sinds 1 oktober 2017 en wordt thans niet kwijtescholden of opgeschort.

(...) In alle redelijkheid heeft Rijkswaterstaat FAM steeds de mogelijkheid geboden het gebrek in het wegenzout te herstellen. Rijkswaterstaat heeft FAM daartoe ook gesommeerd. FAM heeft Rijkswaterstaat daarop toegezegd het gebrek in het wegenzout te herstellen zodat het aan de vereiste korrelverdeling voldoet. In een uiterste vorm van coulance

sommeert Rijkswaterstaat FAM nu nogmaals zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk 15 december 2017 wegzout te leveren dat aan de eisen voldoet. Graag verneem ik van u op welke wijze FAM daaraan zal voldoen. Sans préjudice geef ik namens Rijkswaterstaat in overweging dat FAM nieuw wegzout in koopt bij een andere zoutleverancier/producent. Dat zout dient vanzelfsprekend aan alle eisen uit het programma van eisen te voldoen. Rijkswaterstaat behoudt zich uitdrukkelijk het recht voor de overeenkomsten te ontbinden indien FAM niet uiterlijk 15 december 2017 wegzout levert conform de eisen.”

4 Het geschil

4.1. Eurosalt vordert – zakelijk weergegeven – Rijkswaterstaat te bevelen om de overeenkomst te ontbinden, op straffe van verbeurte van een dwangsom.

4.2. Daartoe voert Eurosalt – samengevat – het volgende aan. Vaststaat dat al het door FAM geleverde wegzout niet voldoet aan de gestelde eisen. Herstel van het geconstateerde gebrek is technisch (bijna) onmogelijk. Het zeven van zout is een duur, tijdrovend en gecompliceerd proces dat alleen onder ideale omstandigheden tot goed resultaat kan leiden. Herstel door middel van het bijmengen van zout met een andere korrelgrootte is ook niet geloofwaardig.

Rijkswaterstaat kan FAM niet oneindig de gelegenheid bieden tot herstel. De finale leveringstermijn die in de overeenkomst is opgenomen is thans ruimschoots overschreden en er is geen enkele aanwijzing dat FAM heeft geleerd van de tekortkomingen in augustus. Door ruimschoots na 1 oktober 2017 opnieuw de mogelijkheid te bieden tot herstel gaat Rijkswaterstaat de grens van een wezenlijke wijziging van de opdracht over. Herstel is ook niet te verwachten. Rijkswaterstaat handelt niet binnen de kaders van de overeenkomst. Zowel de non-conformiteit van het geleverde wegzout als het overschrijden van de finale leveringsdatum is reden om de overeenkomst met FAM te ontbinden. Rijkswaterstaat is op grond van het gelijkheidsbeginsel gehouden de ontbinding in te roepen.

4.3. De Staat en FAM voeren gemotiveerd verweer, dat hierna, voor zover nodig, zal worden besproken.

4.4. FAM heeft geen vordering ingesteld in de hoofdzaak.

5 De beoordeling van het geschil

5.1. De Staat heeft als meest verstrekkende verweer aangevoerd dat Eurosalt geen belang heeft bij ontbinding van de overeenkomst. Dat verweer wordt gepasseerd. Ontbinding van de overeenkomst tussen Rijkswaterstaat en FAM opent immers de weg voor nieuwe mogelijkheden, waartoe heraanbesteding en het afnemen van wegzout bij Eurosalt behoren. De voorzieningenrechter is gelet hierop van oordeel dat Eurosalt voldoende belang heeft bij haar vordering.

5.2. Eurosalt beoogt met haar vordering de overeenkomst tussen Rijkswaterstaat en FAM aan te tasten. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 18 november 2016 (ECLI:NL:HR:2016:2638) bepaald dat een als resultaat van een gunningsbeslissing tot stand gekomen overeenkomst wegens strijd met aanbestedingsregels slechts aantastbaar is op de gronden vermeld in artikel 4.15 lid 1 Aanbestedingswet, en dat deze in andere gevallen slechts aantastbaar is in het geval van wilsgebreken en in het geval van nietigheid of vernietigbaarheid ingevolge artikel 3:40 Burgerlijk Wetboek. Deze beperking dient ertoe het evenwicht tussen de verschillende bij een aanbesteding betrokken belangen te waarborgen en te voorkomen dat grote of te langdurige onzekerheid ontstaat over de vraag of de overeenkomst gesloten en uitgevoerd kan worden.

5.3. Eurosalt beroept zich kennelijk op artikel 4.15 lid 1, aanhef en onder a Aanbestedingswet. Daarin wordt bepaald dat een als resultaat van een gunningsbeslissing gesloten overeenkomst vernietigbaar is indien de overeenkomst is gesloten zonder voorafgaande aankondiging van de opdracht. Volgens Eurosalt is de opdracht wezenlijk gewijzigd doordat Rijkswaterstaat geruime tijd na de finale opleverdatum nog steeds de mogelijkheid biedt aan FAM tot herstel.

5.4. De Staat heeft aangevoerd dat Eurosalt als derde niet in de rechtsverhouding tussen Rijkswaterstaat en FAM kan treden. Het is op zichzelf juist dat Rijkswaterstaat als contractsluitende partij een zekere autonomie heeft bij de uitvoering van de overeenkomst. Aangezien de overeenkomst het resultaat is van een aanbestedingsrechtelijke gunningsbeslissing, wordt die autonomie evenwel begrensd door het gelijkheidsbeginsel. Beoordeeld dient dan ook te worden of Rijkswaterstaat opereert binnen de grenzen van de contractuele mogelijkheden.

5.5. In deze procedure wordt tot uitgangspunt genomen dat het door FAM aangeboden wegzout niet voldoet aan de eisen die daaraan in de aanbestedingsprocedure zijn gesteld. Het door FAM aangeboden wegzout is immers beoordeeld door een geaccrediteerde onderzoeksinstansie, die tot de conclusie is gekomen dat het zout niet voldoet aan de in paragraaf 4.1 van het Programma van Eisen opgenomen vereiste korrelverdeling. Volgens datzelfde Programma van Eisen is de uitkomst van het onderzoek bindend voor alle betrokken partijen. Voorts staat vast dat de finale opleverdatum van 1 oktober 2017 is verstreken. Voor zover Eurosalt betoogt dat het enkele feit dat FAM met het verstrijken van de finale opleverdatum geen wegzout conform alle eisen heeft geleverd reeds meebrengt dat de opdracht wezenlijk is gewijzigd, kan dat betoog niet worden gevolgd. De in de overeenkomst opgenomen boeteclausules duiden er immers op dat is voorzien in de mogelijkheid van een latere levering en dat Rijkswaterstaat de mogelijkheid van herstel kan bieden indien het zout niet voldoet. Uit de overgelegde correspondentie volgt dat Rijkswaterstaat ook aanspraak maakt op die boete. Eurosalt heeft aangevoerd dat de maximale contractuele boete van 10% geen rekening houdt met de tekortkoming die zich hier voordoet, maar zij miskent daarmee dat de boete niet is bedoeld als alternatief voor kwaliteitslevering en dat Rijkswaterstaat de boete ook niet op die wijze gebruikt. Rijkswaterstaat heeft in alle correspondentie met FAM aangedrongen op levering van wegzout conform de eisen. Dat een herstelmogelijkheid kan worden geboden, staat daarnaast expliciet vermeld in de op de overeenkomst van toepassing verklaarde Ariv 2016.

5.6. Eurosalt heeft voorts gesteld dat herstel uit technisch oogpunt onmogelijk, dan wel ongeloofwaardig is, zodat geen reële kans bestaat dat FAM alsnog aan haar uit de overeenkomst voortvloeiende verplichtingen kan voldoen. Zowel Rijkswaterstaat als FAM heeft ter zitting evenwel onderbouwd aangevoerd dat de levering van deugdelijk wegzout binnen afzienbare termijn mogelijk is, zodat voornoemde stelling van Eurosalt niet kan worden gevolgd. Eurosalt heeft haar stelling dat herstel onmogelijk is gebaseerd op haar aanname dat het succesvol zeven of vermengen van het zout tijdrovend en problematisch is. Dat succesvol zeven of vermengen van het zout in het geheel niet mogelijk is, is evenwel niet aannemelijk geworden.

Ook valt niet uit te sluiten dat FAM op een andere wijze zal bewerkstelligen dat zij aan haar verplichtingen uit de overeenkomst voldoet, bijvoorbeeld door de afname van een nieuwe hoeveelheid wegzout bij een andere leverancier.

5.7. Eurosalt heeft op zichzelf terecht gesteld dat Rijkswaterstaat eerder de mogelijkheid aan FAM heeft geboden voor herstel, met de sommatie om dat uiterlijk op 2 november 2017 te doen, en nu nogmaals met een uiterste datum van 15 december 2017. Anders dan Eurosalt is de voorzieningenrechter van oordeel dat Rijkswaterstaat hiermee binnen de grenzen van het contract opereert. Daartoe is redengevend dat de mogelijkheid van ontbinding – zoals de Staat onweersproken heeft aangevoerd – is opgenomen als een ultimatum remedium en als een mogelijkheid voor de opdrachtgever. Dat Rijkswaterstaat die mogelijkheid voor ogen heeft, volgt uit de e-mail van 14 november 2017, waarin Rijkswaterstaat zich uitdrukkelijk het recht voorbehoudt om de overeenkomst te ontbinden indien FAM niet uiterlijk op 15 december 2017 wegzout levert overeenkomstig de eisen. Hierbij wordt nog opgemerkt dat Rijkswaterstaat ook indien de opdrachtnemer na aanmaning niet binnen een gestelde termijn voldoet, op grond van artikel 12 Ariv 2016 niet is gehouden tot ontbinding van de overeenkomst over te gaan. Rijkswaterstaat kan er in die situatie immers ook voor kiezen tot herstel of vervanging van het product door een derde over te gaan op kosten van FAM. Weliswaar is denkbaar dat voortdurende coulance van de zijde van Rijkswaterstaat zal leiden tot een wezenlijke wijziging van de opdracht, maar die situatie doet zich nu nog niet voor.

5.8. Gelet op het voorgaande brengt de omstandigheid dat Rijkswaterstaat tot op heden niet tot ontbinding van de overeenkomst is overgegaan, niet mee dat sprake is van een wezenlijke wijziging van de opdracht. Rijkswaterstaat heeft met het betrachten van enige coulance binnen de contractuele mogelijkheden gehandeld. Een en ander leidt tot de conclusie dat Rijkswaterstaat (thans) niet verplicht is om de overeenkomst te ontbinden. De vordering van Eurosalt zal dan ook worden afgewezen.

5.9. Eurosalt zal, als de in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de kosten van dit geding. Voor veroordeling in de nakosten bestaat geen grond, nu de kostenveroordeling ook voor

deze nakosten een executoriale titel oplevert (vgl. HR 19 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL1116, NJ 2011/237).

6 De beslissing

De voorzieningenrechter:

6.1. wijst het gevorderde af;

6.2. veroordeelt Eurosalt in de kosten van dit geding, tot dusverre aan de zijde van zowel de Staat als FAM telkens begroot op € 1.434,--, waarvan € 816,-- aan salaris advocaat en € 618,-- aan griffierecht;

6.3. bepaalt dat de verschuldigde proceskosten aan de Staat dienen te worden voldaan binnen veertien dagen nadat dit vonnis is uitgesproken en dat - bij gebreke daarvan - daarover de wettelijke rente verschuldigd is;

6.4. verklaart de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

Het spanningsveld tussen het benutten van contractuele mogelijkheden en een ontoelaatbare wijziging van de opdracht

Inleiding

De voorzieningenrechter is in dit vonnis van oordeel dat de overschrijding van een fatale leveringstermijn voor wegzout en het tot tweemaal toe uitstellen van deze termijn niet betekent dat sprake is van een wezenlijke wijziging van de opdracht door de opdrachtgever. De onderbouwing van dit oordeel van de voorzieningenrechter zal hierna worden besproken door deze langs de meetlat van wetgeving en jurisprudentie te leggen. Afsluitend zullen we enkele kanttekeningen plaatsen bij het oordeel van de voorzieningenrechter.

Oordeel voorzieningenrechter

In artikel 4.2 van het Programma van Eisen behorend tot de aanbestedingsdocumenten is de volgende tekst opgenomen: "Indien afwijkingen geconstateerd worden, dient de leverancier de gebreken op zijn kosten te herstellen zodanig dat aan de verlangde kwaliteit wordt voldaan een en ander voor de finale opleverdatum.

Mocht de finale opleverdatum hierdoor overschreden worden dan treedt/treden de boeteclausule(s) in werking."

Het oordeel van de voorzieningenrechter komt er – kort gezegd – op neer dat Rijkswaterstaat contractueel in de latere levering van het wegzout door FAM had voorzien, doordat er boeteclausules en mogelijkheden voor Rijkswaterstaat tot herstel en ontbinding in de overeenkomst waren opgenomen. De voorzieningenrechter leest in bovenstaande contractuele bepaling klaarblijkelijk dat Rijkswaterstaat op deze manier heeft voorzien in het aanpassen van de voorwaarde dat het wegzout op 1 oktober 2017 moest worden geleverd. Daarnaast stelt de voorzieningenrechter dat zich hier geen situatie van een "voortdurende coulance van de zijde van Rijkswaterstaat" voordoet, waardoor van een wezenlijke wijziging van de opdracht geen sprake zou zijn.¹

Wettelijk kader van de wezenlijke wijziging

We schetsen hier kort het, voor deze uitspraak, relevante juridisch kader voor wat betreft de wezenlijke wijziging, zodat we dit kunnen toepassen op de onderhavige situatie.

Hoofdstuk 2.5 van de Aanbestedingswet 2012 (hierna: 'Aw 2012') ziet op de wijziging van overheidsopdrachten tijdens de looptijd ervan. Op grond van artikel 2.163a Aw 2012 is het uitgangspunt dat de wijziging van een overheidsopdracht tijdens de looptijd ervan uitsluitend zonder nieuwe aanbestedingsprocedure kan plaatsvinden in de in hoofdstuk 2.5 van de Aanbestedingswet 2012 genoemde gevallen. Met deze bepaling waarborgt de aanbestedende dienst dat alle marktdeelnemers die interesse hebben in een overheidsopdracht daarnaar kunnen meedingen. De wijzigingen die een aanbestedende dienst tijdens de looptijd van het contract doorvoert, hebben geen onderdeel uitgemaakt van de concurrentiestrijd. Om deze reden is het van belang dat de mogelijkheid van een aanbestedende diensten om tijdens de looptijd van het contract wijzigingen door te voeren, beperkt is.

Voor de beschouwing van de onderhavige uitspraak zijn de artikelen 2.163c en 2.163g Aw 2012 relevant.

1 Rechtsoverweging 5.7.

Artikel 2.163c Aw 2012 bepaalt dat een opdracht kan worden gewijzigd zonder nieuwe aanbestedingsprocedure als de wijziging in de oorspronkelijke aanbestedingsstukken is opgenomen in een duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige herzieningsclausule.² Met een deugdelijk geformuleerde herzieningsclausule kunnen wijzigingen worden doorgevoerd die anders als wezenlijk zouden kwalificeren.³ Een dergelijke herzieningsclausule dient ten minste aan de volgende drie cumulatieve voorwaarden te voldoen:

- De clausule of optie moet zijn toegesneden op de beoogde wijziging;
- Uit de herzieningsclausule moet duidelijk blijken hoe en wanneer de wijziging kan worden doorgevoerd; en
- De algemene aard van de opdracht mag niet wijzigen.

Artikel 2.163g, tweede lid Aw 2012 bepaalt dat een opdracht kan worden gewijzigd zonder nieuwe aanbestedingsprocedure indien de wijziging niet wezenlijk is. Van een wezenlijke wijziging is sprake indien de opdracht door de wijziging materieel verschilt van de oorspronkelijke opdracht. In het derde lid van artikel 2.163g Aw 2012 worden een viertal gevallen genoemd wanneer 'in ieder geval' sprake zal zijn van een wezenlijke wijziging van een opdracht. Sub a van dit derde lid is mogelijk relevant voor de onderhavige uitspraak. Dit onderdeel (sub a) ziet op een zodanige wijziging van de voorwaarden van een opdracht die, indien zij in de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure waren genoemd, zouden hebben geleid tot:

- toelating van andere inschrijvers;
- gunning aan een andere inschrijver; of
- meer marktpartijen die in de opdracht geïnteresseerd zouden zijn geweest.

Herzieningsclausule (artikel 2.163c Aw 2012)

Door de voorzieningenrechter wordt in het vonnis geen verwijzing gemaakt naar de bepalingen uit hoofdstuk 2.5 Aw 2012. Het is ons niet bekend wat de reden daarvan is. In het vonnis gaat de voorzieningenrechter ook niet in op de voorwaarden die artikel 2.163c Aw 2012 stelt aan een herzieningsclausule. Ons inziens gaat de voorzieningenrechter hier ten onrechte aan voorbij.

In een uitspraak uit 2015 oordeelde de Haagse voorzieningenrechter dat uit een contractuele boetebepaling bij te late (op)levering "niet noodzakelijkerwijs volgt dat latere oplevering onder geen beding, of niet zonder het verbeuren van de boete, zou zijn toegestaan."⁴ Hierdoor was volgens de rechter wel in een latere oplevering voorzien en was er zodoende geen sprake van een wezenlijke wijziging. Een vergelijkbare redenering hanteert de voorzieningenrechter in de onderhavige uitspraak. Dat de voorzieningenrechter in deze uitspraak uit 2015 niet toetst aan artikel 2.163c Aw 2012 is echter niet vreemd. Artikel 2.163c Aanbestedingswet 2012 was op het moment van vonnis nog niet in werking getreden.

De belangrijkste vraag die voorligt, is of de contractuele bepaling voldoende duidelijk, nauwkeurig en ondubbelzinnig is om als herzieningsclausule op grond van artikel 2.163c Aw 2012 toelaatbaar te worden geacht.⁵ Ons inziens is daarover zeker discussie mogelijk. Artikel 4.2 van het Programma van Eisen zegt in ieder geval niets over de mate waarin een overschrijding van de opleverdatum (onder verbeurde van een boete) door Rijkswaterstaat zal worden geaccepteerd. Dit is juist een punt van discussie tussen de partijen; in hoeverre zal (en mag) Rijkswaterstaat de niet tijdige levering van deugdelijk wegzout accepteren? Daarover laat artikel 4.2 van het Programma van Eisen zich niet uit. Ge-

² HvJ EU 29 april 2004, ECLI:EU:C:2004:236 (Succhi di Frutta), punt 118.

³ HvJ EU 7 september 2016, ECLI:EU:C:2016:634, «JAAN» 2016/219 (Finn Frogne), punt. 36 en 37. Zie voor een recente nationale uitspraak over een herzieningsclausule en een wezenlijke wijziging: Vzr. Rb. Overijssel 2 juni 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:1948, «JAAN» 2016/161 m.nt van mr. drs. S. van den Boogaart.

⁴ Vzr. Rb Den Haag 16 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7043, «JAAN» 2015/184, punt 4.6.

⁵ HvJ EU 14 oktober 2004, ECLI:EU:C:2004:623 (Commissie/Frankrijk), punt 36.

steld kan worden dat reeds om die reden geen sprake is van een voldoende duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige herzieningsclausule.

Het opstellen van een herzieningsclausule die aan artikel 2.163c Aw 2012 voldoet, vraagt het nodige van de aanbestedende dienst. In het arrest Finn Frogne heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie echter reeds duidelijk gemaakt dat hoge eisen worden gesteld aan de bedachtzaamheid waarmee de aanbestedende dienst het voorwerp van de opdracht dient te omschrijven, inclusief eventuele mogelijkheden tot het aanbrengen van wijzigingen.⁶

Wezenlijke wijziging (artikel 2.163g Aw 2012)

Daarnaast is de vraag of het toestaan van een latere opleverdatum een wezenlijke wijziging is (artikel 2.163g Aw 2012). De voorzieningenrechter meent van niet. Interessant daarbij is de overweging van de voorzieningenrechter dat op enig moment mogelijk wel sprake kan zijn van een wezenlijke wijziging bij “voortdurende cou-lance” van Rijkswaterstaat. Waar is het kantelpunt tussen cou-lance van Rijkswaterstaat enerzijds en een wezenlijke wijziging van de opdracht anderzijds?

Ons inziens is niet ondenkbaar dat het uitstellen van de levering met in totaal tweeënhalf maand in het strooiseizoen kan worden beschouwd als een dusdanige wijziging van de opdracht dat deze materieel verschilt van de oorspronkelijke opdracht.

Een relevante vraag in lijn met artikel 2.163g, derde lid, sub a Aw 2012 is of andere inschrijvers waren toegelaten tot de aanbestedingsprocedure, aan een andere inschrijver was gegund of meer marktpartijen in de opdracht geïnteresseerd zouden zijn geweest indien het ten tijde van de aanbestedingsprocedure al duidelijk was geweest dat de zich thans voordoende vertraging in de levering van het wegenzout door Rijkswaterstaat (onder oplegging van een boete)

zou worden geaccepteerd.⁷ Het lijkt ons niet ondenkbaar dat dit het geval is en dat de wijziging derhalve als wezenlijk zou kunnen kwalificeren. Het strooiseizoen is medio december 2017 in volle gang. De grootste vraag naar wegenzout is dan inmiddels voorbij: gebruikers van wegenzout zoals Rijkswaterstaat zijn dan al voorzien in hun behoefte aan een voorraad wegenzout. Dit gegeven kan ons inziens zowel invloed hebben op de prijs van het wegenzout, maar ook op de capaciteit van een bedrijf om het wegenzout tijdig te leveren. Een partij die moeite had om voor 1 oktober 2017 voor een goede prijs en tijdig wegenzout te leveren, zou medio december 2017 mogelijk wel voor een goede prijs en tijdig wegenzout kunnen leveren.

De discussie tussen de procederende partijen lijkt echter niet deze kant op te zijn gegaan. In het vonnis wordt geen aandacht besteed aan de mogelijke invloed van de gewijzigde leverdatum op de kring van deelnemers en/of de gegunde partij.

Conclusie

De voorzieningenrechter gaat in zijn beoordeling niet in op de systematiek van hoofdstuk 2.5 Aw 2012. Dat is ons inziens een gemiste kans.

Een beoordeling langs de lijn van hoofdstuk 2.5 Aw 2012 had duidelijkheid kunnen scheppen over bijvoorbeeld artikel 2.163c Aw 2012: wanneer voldoet een herzieningsclausule in de oorspronkelijke aanbestedingsstukken aan de daaraan in artikel 2.163c Aanbestedingswet 2012 gestelde eisen?

Een dergelijke beoordeling had ook duidelijkheid kunnen scheppen over de verhouding tussen artikel 2.163c (herzieningsclausule) en artikel 2.163g Aw 2012 (niet wezenlijke wijziging). Zo bestaat er discussie over de vraag of artikel 2.163g Aw 2012 als zelfstandige grond voor het toelaten van een wijziging kan dienen of dat dit

6 HvJ EU 7 september 2016, ECLI:EU:C:2016:634, «JAAN» 2016/219 (Finn Frogne), punt 36 tot en met 40.

7 Zoals aangegeven, zijn de aanbestedingsstukken daar ons inziens in ieder geval niet volstrekt duidelijk over.

artikel enkel een definitiebepaling betreft.⁸ Op basis van de tekst van artikel 2.163a Aanbestedingswet 2012 menen wij dat een zelfstandige toepassing van artikel 2.163g Aanbestedingswet 2012 zeker verdedigbaar is. Een interessante vraag is daarnaast of in een geval waarin volgens artikel 2.163c Aw 2012 niet opnieuw aanbesteed hoeft te worden, een dergelijke verplichting wel degelijk bestaat indien de wijziging voldoet aan de omschrijving van een wezenlijke wijziging zoals opgenomen in artikel 2.163g Aw 2012. Op basis van de letterlijke tekst van de Aanbestedingswet 2012 behoeft dat ons inziens op dit moment niet te worden aangenomen. Een andere interessante vraag is of de bepaling moet worden toegepast die het meest lijkt toegesneden op het voorliggende geval (in onderhavige situatie dus artikel 2.163c Aanbestedingswet 2012 in plaats van artikel 2.163g Aanbestedingswet 2012).⁹ Ook hier menen wij dat op dit moment kan worden uitgegaan van de letterlijke tekst van hoofdstuk 2.5 Aanbestedingswet 2012 waarin een dergelijke hiërarchie niet is opgenomen. Het is echter jammer dat dit vonnis op deze vragen geen antwoord geeft.

Het vonnis maakt in ieder geval wel duidelijk dat het voor aanbestedende diensten van groot belang is om de flexibiliteit die zij willen behouden ten aanzien van de nakoming van de gestelde eisen door de opdrachtnemer, nadrukkelijk in de aanbestedingsstukken op te nemen. Indien Rijkswaterstaat niet in een boeteclausule bij de overschrijding van de finale opleverdatum had voorzien, dan was de uitkomst van dit vonnis mogelijk heel anders geweest.

M.M. Fimerius,
advocaat bij AKD

⁸ Zie bijvoorbeeld Tekst en Commentaar op de Aanbestedingswet 2012, Inleidende opmerkingen bij hoofdstuk 2.5, punt 1. Hier wordt gesproken over het limitatieve stelsel van toegelaten wijzigingen in de gevallen van artikel 2.163b – 2.163f Aw 2012 en over een definitiebepaling van de wezenlijke wijziging in artikel 2.163g Aw 2012.

⁹ Vergelijk: M.A.B. Chao-Duivis, De (wezenlijke) wijziging tijdens de looptijd van een overeenkomst in de Richtlijn en de aangepaste Aanbestedingswet, TBR 2016/151, par. 2.3.2.

M.J. Verbaken,
advocaat bij AKD

47

Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag
29 juni 2017, nr. C/09/531498,
ECLI:NL:RBDHA:2017:15285
(mr. Hage)
Noot mr. E.L.H. Sniijders-van Erp

Abnormaal lage inschrijving. Toelaatbaarheid gunningscriteria. Transparantiebeginsel. Gelijkeheidsbeginsel. Beste prijs/kwaliteitverhouding. Grossmann. Rechtsverwerking.

[Aanbestedingswet 2012 art. 2.113a, 2.116;
Richtlijn 2014/24/EU art. 67, 69]

De Staat der Nederlanden (hierna: de Staat) heeft op 22 december 2016 een Europese aanbestedingsprocedure georganiseerd. Doel van de Staat was met drie aanbesteders een raamovereenkomst te sluiten voor, kort gezegd, apparatuur om tijd- en plaatsonafhankelijk te werken met mobiele en persoonsgebonden ICT-middelen. De drie winnende inschrijvers dienen de hiertoe benodigde producten (zoals laptops, tablets en smartphones) en de daarbij behorende accessoires (zoals toetsenborden, laptoptassen en usb-sticks) in webshops beschikbaar te stellen.

Aan de inschrijving hebben zes partijen deelgenomen. Op 12 april 2017 is de gunningsbeslissing bekend gemaakt. Misco Solutions B.V. (hierna: Misco) is als vijfde inschrijver geëindigd.

Misco beroept zich op artikel 2.113a lid 2 Aw. Ter zitting is door de andere partijen aangevoerd dat in deze artikel 2.116 Aw van toepassing is, als zijnde een lex specialis ten opzichte van artikel 2.113a Aw. De voorzieningenrechter volgt dit verweer niet. Zowel artikel 2.113a Aw als artikel 2.116 Aw zijn geïmplementeerd op basis van Richtlijn 2014/24/EU (respectievelijk artikel 67 lid 4 en artikel 69 van genoemde richtlijn). Uit de tekst van de richtlijn noch uit de considerans volgt dat sprake is van een algemene en een meer bijzondere bepaling. Beide artikelen dienen ook een ander doel. Artikel 2.113a Aw strekt ertoe dat controle mogelijk is op de mate waarin aan gunningscriteria wordt voldaan, teneinde te voorkomen dat de aanbestedende dienst een onbeperkte keuzevrijheid heeft (en het doel van de aanbesteding wordt gemist). Artikel 2.116 Aw ziet met name op het voorkomen

van gunning aan een inschrijver die lage prijzen kan hanteren vanwege technisch, economisch of juridisch ondeugdelijke veronderstellingen of praktijken, zoals niet-nakoming van dwingende sociaal-, arbeids- of milieurechtelijke voorschriften. Uit het voorgaande volgt dat Misco een beroep kan doen op artikel 2.113a Aw. Het doel van die regel, namelijk een correcte uitvoering van de aanbesteding, beschermt immers mede de belangen van de deelnemers aan de inschrijving.

Misco stelt zich, gelet op hetgeen zij vordert, op het standpunt dat de door Central Point, Protinus IT B.V. (hierna: Protinus) en Bechtle Direct B.V. (hierna: Bechtle) opgegeven inschrijfsommen zodanig laag zijn dat reeds op voorhand vast staat dat onderzoek tot de conclusie zal leiden dat de voorgenomen gunning niet gehandhaafd kan blijven.

Door de Staat, Bechtle en Protinus zijn ter terechtzitting echter onweersproken meerdere factoren genoemd die het verschil tussen de inschrijfsommen van de winnende inschrijvers ten opzichte van de inschrijfsom van Misco kunnen verklaren. Zo kent Misco geen staffelkortingen toe en heeft zij bepaalde producten aangeboden voor een prijs die boven de consumentenprijs op internet ligt, waardoor de inschrijfsom van Misco hoger uitkwam. Ook heeft Misco gekozen voor het aanbieden van een tweede A-merk, wat haar extra punten opleverde op het aspect kwaliteit (vanwege de verbreding van het aanbod), maar vanwege de prijs van dat artikel punten kostte op het aspect prijs. Daarnaast hebben Bechtle en Protinus aangevoerd dat korting op Apple producten wel mogelijk is en dat op niet-Apple producten meer korting kan worden verleend dan de 5% waar Misco in haar vergelijkende berekening vanuit is gegaan.

Dat de inschrijfsommen fors minder zijn dat het door de Staat geschatte jaarvolume van de opdracht (€ 50.000.000,-) kan in dit verband niet als aanwijzing voor onregelmatigheden worden beschouwd. De inschrijfsom van Misco ligt ongeveer 18% lager dan dat geschatte jaarvolume en in het voorgaande zijn omstandigheden genoemd die de afwijking van de andere inschrijvers ten opzichte van de inschrijfsom van Misco kunnen verklaren. Bovendien is ter zitting onweersproken aangevoerd dat het bedrag van € 50.000.000,- voor circa € 5.000.000,- ziet op nevenproducten, waarvan de prijs pas in een later stadium van de aanbestedingsprocedure bekend wordt.

Het eerst ter terechtzitting door Misco aangevoerde punt dat Bechtle en Protinus niet in staat zijn een zogeheten DEP-voorziening aan te bieden is door

die partijen ontkend in die zin dat beide genoemde partijen hebben verklaard hiervoor een onderaannemer in te schakelen.

Gelet op het gemotiveerde verweer tegen de stellingen van Misco op dit punt is de voorzieningenrechter van oordeel dat onvoldoende zeker is dat bij een controle als bedoeld in artikel 2.113a Aw geconstateerd zal worden dat de voorgenomen gunning niet kan worden gehandhaafd. De vorderingen van Misco, die als vermeld op deze veronderstelling zijn gebaseerd, zijn daarom niet op deze grond toewijsbaar.

Wat betreft de stelling van Misco dat de selectie van de inschrijvingen niet als aangekondigd is gebaseerd op beste prijs-kwaliteitverhouding maar op basis van de laagste prijs oordeelt de rechtbank als volgt. Het was alle inschrijvers vooraf bekend dat de puntentoekening ter zake van wensen op het gebied van kwaliteit uitging van een "alles-of-niets-systeem". Iedere inschrijver zal proberen aan zoveel mogelijk wensen te voldoen. Hierdoor zal het aantal behaalde punten in alle gevallen groot zijn. Ingeval alle inschrijvers te kennen geven dat zij aan alle wensen op het gebied van kwaliteit willen voldoen zal dit ertoe leiden dat zij allen het maximale aantal punten verwerven en resteert het onderscheid in de prijs. Dat betekent echter niet dat geen selectie op basis van beste prijs-kwaliteitverhouding heeft plaatsgevonden. Als alle inschrijvers dezelfde kwaliteit garanderen is de goedkoopste inschrijver degene met de beste prijs-kwaliteitverhouding. Het voorgaande zou mogelijk anders kunnen zijn indien de kwaliteitseisen zodanig zijn geformuleerd dat iedere inschrijver zonder enige moeite daaraan kan voldoen. Het feit dat in onderhavig geval ook op het aspect kwaliteit een ongelijke puntentoekening heeft plaatsgevonden toont echter aan dat een dergelijke situatie zich hier niet voordoet. In dat laatste geval had Misco, gelet op de Grossmann-jurisprudentie, overigens eerder haar bezwaren kenbaar moeten maken.

Het door Misco opgeworpen bezwaar dat niet is voldaan aan het transparantie- en gelijkheidsbeginsel omdat vooraf niet kan worden ingeschat wanneer en in welke mate over zal worden gegaan tot aanpassing van de specificatie van een of meer referentieproducten en de daarvoor geldende plafondprijs, wordt tardief geacht. Dat voornoemd aspect onderdeel was van de aanbesteding was Misco reeds bij het doen van haar inschrijving bekend. Wanneer een deelnemer niet klaagt over een door hem gesteld gebrek in de aanbestedingsprocedure op het tijdstip dat hij dit gebrek kende of behoorde te kennen, maar vervolgens wel inschrijft, heeft hij in beginsel zijn recht verwerkt om

alsnog te klagen over het gestelde gebrek. Misco heeft geen feiten of omstandigheden gesteld die ertoe leiden dat daarover in dit geval anders zou moeten worden geoordeeld. Het voorgaande leidt ertoe dat de vorderingen van Misco jegens de Staat niet toewijsbaar zijn.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

MISCO SOLUTIONS B.V.,

gevestigd te Utrecht,

eiseres,

advocaten mr. P.H.L.M. Kuypers en N.A.D. Groot te Breda,

tegen:

de publiekrechtelijke rechtspersoon

DE STAAT DER NEDERLANDEN,

zetelend te Den Haag,

gedaagde,

advocaten mr. M. van Rijn en mr. ir. C. Muntinghe te Den Haag,

en

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

BECHTLE DIRECT B.V.,

gevestigd te Eindhoven,

en

de naamloze vennootschap

BUYITDIRECT.COM,

gevestigd te Hoofddorp,

gezamenlijk tussenkomende partijen,

advocaten: mr. A.T.M. van den Borne en mr. P.J.M. van Limpt te Eindhoven,

en

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

PROTINUS IT B.V.,

gevestigd te Houten,

tussenkomende partij,

advocaat: mr. L. Knoups te Den Haag.

Partijen worden hierna respectievelijk aangeduid als 'Misco', 'de Staat', 'Bechtle' en 'Protinus'.

1 De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 2 mei 2017;
- de akte houdende producties, van eiseres, met producties 1-3;
- de akte houdende aanvullende producties, van eiseres, met producties 4-19;

- de brief van gedaagde d.d. 13 juni 2017, met producties 1-3;

- de brief van gedaagde d.d. 14 juni 2017, met productie 4;

- de brief van eiseres d.d. 14 juni 2017, met producties 20 en 21;

- de incidentele conclusie houdende een verzoek tot primair tussenkomst, subsidiair voeging, van Bechtle;

- de incidentele conclusie houdende een verzoek tot tussenkomst (subsidiair voeging) van Protinus;

- de op 15 juni 2017 gehouden mondelinge behandeling, waarbij door alle partijen pleitnotities zijn overgelegd.

1.2. Ter zitting is Bechtle en Protinus toegestaan tussen te komen.

1.3. Het bezwaar van Bechtle tegen het in het geding brengen van de akte houdende aanvullende producties van Misco wordt verworpen. Niet gebleken is dat de akte minder dan 24 uur voor aanvang van de zitting is overlegd of dat de processuele belangen van Bechtle anderszins zijn geschaad.

1.4. Ter zitting is vonnis bepaald op heden.

2 De feiten

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

2.1. De Staat heeft op 22 december 2016 een Europese aanbestedingsprocedure georganiseerd. Doel van de Staat was met drie aanbesteders een raamovereenkomst te sluiten voor, kort gezegd, apparatuur om tijd- en plaatsafhankelijk te werken met mobiele en persoonsgebonden ICT-middelen. De drie winnende inschrijvers dienen de hiertoe benodigde producten (zoals laptops, tablets en smartphones) en de daarbij behorende accessoires (zoals toetsenborden, laptoptassen en usb-sticks) in webshops beschikbaar te stellen.

2.2. In de aanbestedingsdocumentatie is vermeld dat gunning zal plaatsvinden aan de economisch meest voordelige inschrijving op basis van beste prijs-kwaliteitverhouding.

2.3. Bij de aanbesteding gelden de volgende subgunningscriteria en bijbehorende wegingsfactoren:

Subgunningcriteria			Te behalen punten	Maximale score
Kwaliteit	Wensen	Beheer & Organisatie	235	1.000
		MVO	280	
		Secundair A-merk	125	
	Vragen	Levertijden	360	
Prijs				1.000
Maximale score				2.000

2.4. Ten aanzien van de “Wensen” van het subgunningscriterium “Kwaliteit” geldt een “alles-of-niets-systeem”: inschrijvingen die voldoen aan een ter zake gestelde wens krijgen het maximaal voor die wens haalbare aantal punten toegekend en inschrijvingen die hieraan niet voldoen krijgen voor de betreffende wens geen punten toegekend.

2.5. Verder omvat de aanbestedingsdocumentatie wat betreft het subgunningscriterium “Prijs” de navolgende regeling: De aanbestedende dienst heeft een aantal (fictieve) referentieproducten gedefinieerd met daarbij specificaties waaraan dit product minimaal en maximaal dient te voldoen. De inschrijvers dienen aan te geven met welk concreet product zij aan de vraag naar het betreffende referentieproduct gaan voldoen. Dit concrete product dient in de webshop te worden aangeboden voor een prijs die maximaal gelijk is aan de vooraf voor het referentieproduct opgegeven plafondprijs.

2.6. Voort is een voorziening opgenomen die het mogelijk maakt dat de specificatie van een of meer referentieproducten wordt gewijzigd als gevolg van technologische innovaties. Dat kan ertoe leiden dat het in de webshop aangeboden assortiment moet worden gewijzigd en een nieuwe versie van een bestaand product moet worden aangeboden. In een dergelijke situatie zal ook de opgegeven plafondprijs volgens een in de aanbestedingsdocumentatie omschreven methode worden aangepast.

2.7. Verder geldt als voorwaarde dat alleen recente modellen die op de Nederlandse markt beschikbaar zijn mogen worden aangeboden.

2.8. Aan de inschrijving hebben zes partijen deelgenomen. Op 12 april 2017 is de gunningsbeslissing bekend gemaakt. Misco is als vijfde inschrij-

ver geëindigd. De score's van Misco verhouden zich als volgt tot de drie partijen aan wie de aanbesteding is gegund.

	Central Point	Protinus	Becht-le	nr. 4	Misco	nr. 6
Kwaliteit	980	990	995	-	900	-
Prijs	1000	752	655	-	55	-
Inschrijfsom (x miljoen)	€ 31,7	€ 34,2	€ 35,2	-	€ 41,1	-
Totaalscore	1980	1742	1650	-	955	-
rangorde	1	2	3	4	5	6

3 Het geschil

3.1. Misco vordert – zakelijk weergegeven – Primair

de Staat te gebieden de gunningsbeslissing in te trekken en, voor zover de Staat nog tot gunning wil overgaan, de Staat te gebieden tot gunning aan Misco over te gaan;

Subsidiair

de Staat te gebieden de gunningsbeslissing in te trekken en te gebieden de inschrijvers opnieuw te beoordelen op een door de voorzieningenrechter te bepalen wijze;

Meer Subsidiair

de Staat te gebieden de gunningsbeslissing in te trekken, de voorliggende aanbestedingsprocedure in te trekken en, voor zover de Staat nog tot gunning wil overgaan, over te gaan tot heraanbesteding in overeenstemming met het gelijkheids- en transparantiebeginsel;

in alle gevallen op straffe van verbeurte van een dwangsom en met veroordeling van de Staat in de proceskosten.

3.2. Daartoe voert Misco – samengevat – het volgende aan.

3.2.1. Op grond van artikel 2.113a lid 2 van de Aanbestedingswet (Aw) is een aanbestedende dienst gehouden in geval van twijfel effectief de juistheid van de door de inschrijvers verstrekte informatie en bewijsmiddelen te controleren. In dit geval is aanleiding voor twijfel, omdat de winnende inschrijvers uitgaan van een inschrijfsom die aanzienlijk lager ligt dan de inschrijfsom

van Misco en het door de Staat vooraf geschat volume (€ 50.000.000,-). Een dergelijk verschil is te meer opmerkelijk omdat de Staat voor een groot deel (40%) van de gevraagde producten heeft bepaald dat deze dienen te zijn voorzien van een MacOS of iOS besturingssysteem. Dat betekent dat deze producten geleverd dienen te worden door Apple. Omdat Apple alleen bij bijzondere gelegenheden als kerst en de lancering van een nieuw product korting verleent, kan ten aanzien van die producten geen prijsverschil tussen de inschrijvers ontstaan. Ook ingeval de andere inschrijvers niet-Apple producten goedkoper aanbieden dan Misco kan dit niet leiden tot een prijsverschil met een grootte als hier aan de orde. Er is dus alle reden voor het vermoeden dat de winnende inschrijvers zich niet hebben gehouden aan de voorwaarde alleen recente modellen die op de Nederlandse markt beschikbaar zijn aan te bieden, maar dat hun inschrijving is gebaseerd op oudere modellen. Daar komt bij dat één van de eisen is dat de inschrijver producten moet kunnen leveren met een voorziening voor implementatie en configuratie van mobiele telefoons en tablets, een zogeheten DEP-voorziening. Een dergelijke voorziening kan, voor zover het gaat om Apple-producten, slechts worden aangeboden door een authorised reseller van Apple. Misco (en Central Point) zijn authorised reseller, Bechtle en Protinus echter niet. Laatstgenoemde partijen kunnen derhalve niet voldoen aan de gestelde eisen. Bij een controle ex artikel 2.113a lid 2 Aw zullen voorgaande zaken aan het licht komen en zullen de partijen aan wie thans gunning heeft plaatsgevonden daarom moeten worden uitgesloten van deelname.

3.2.2. De gunning heeft, anders dan vooraf aangegeven, niet plaatsgevonden op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding. Uit de gunningsbeslissing blijkt dat zowel de partijen aan wie is gegund als Misco op het onderdeel kwaliteit allen vrijwel de maximale score hebben behaald. De kwalitatieve aspecten van de inschrijving hebben derhalve geen significante invloed gehad op de uitkomst. De facto was het gunningcriterium de laagste prijs. De Staat heeft echter nagelaten deze keus te motiveren, waardoor deze onrechtmatig is.

3.2.3. De aanbesteding voldoet niet aan de beginselen van transparantie en gelijkheid. De consequenties van de procedure die erin voorziet dat de specificatie van een of meer referentieproducten als gevolg van technologische innovaties kan

worden gewijzigd en van de aanpassing van de plafondprijs aan die wijziging, zijn niet vooraf te overzien.

3.3. De Staat voert gemotiveerd verweer, dat hierna, voor zover nodig, zal worden besproken.

3.4. Bechtle vordert bij wijze van tussenkomst de Staat te gebieden een raamovereenkomst met haar af te sluiten, en de vorderingen van Misco af te wijzen, met veroordeling van Misco in de kosten van het geding.

3.4.1. Bechtle voert aan dat voor zover artikel 2.113a lid 2 Aw al bedoeld is ter bescherming van de belangen van Misco, er geen sprake is van een abnormaal lage inschrijving. Daarom bestaat voor de Staat geen reden om tot nader onderzoek over te gaan. Dat bij de selectie van inschrijvingen vooral de prijs doorslaggevend is gebleken, betekent niet dat een ander gunningcriterium dan beste prijs-kwaliteitverhouding is gehanteerd. De procedure ter zake wijziging van referentieproducten en plafondprijzen als zodanig is helder, zodat van strijd met het transparantiebeginsel geen sprake is. Dit bezwaar is bovendien tardief.

3.5. Protinus vordert bij wijze van tussenkomst de Staat te gebieden haar voornemen tot gunning aan Protinus te handhaven en de vorderingen van Misco af te wijzen.

3.5.1. Protinus betwist eveneens dat sprake is van irreële prijzen die de Staat zouden nopen tot het instellen van een onderzoek. Het nalaten van een dergelijke verplichting kan los daarvan niet tot toewijzing van het gevorderde leiden. Dat (ten minste) vier inschrijvers op twee van de drie kwaliteitscriteria de maximumscore hebben behaald wil niet zeggen dat niet mede op kwaliteit is geselecteerd. Deze uitkomst stond immers niet op voorhand vast. Het bezwaar tegen de procedure ter zake van wijziging van referentieproducten en plafondprijzen acht Protinus tardief.

3.6. De Staat heeft de vorderingen van Bechtle en Protinus niet bestreden. Misco heeft verweer gevoerd overeenkomstig de hiervoor weergegeven onderbouwing van haar vordering.

4 De beoordeling van het geschil

4.1. Het spoedeisend belang vloeit voort uit de aard van de vordering.

4.2. Misco beroept zich op artikel 2.113a lid 2 Aw. Te zitting is door de andere partijen aangevoerd dat in deze artikel 2.116 Aw van toepassing is, als zijnde een *lex specialis* ten opzichte van artikel 2.113a Aw. De voorzieningenrechter volgt dit verweer niet. Zowel artikel 2.113a Aw als artikel

2.116 Aw zijn geïmplementeerd op basis van richtlijn 2014/24/EU (respectievelijk artikel 67 lid 4 en artikel 69 van genoemde richtlijn). Uit de tekst van de richtlijn noch uit de considerans volgt dat sprake is van een algemene en een meer bijzondere bepaling. Beide artikelen dienen ook een ander doel. Artikel 2.113a Aw strekt ertoe dat controle mogelijk is op de mate waarin aan gunningscriteria wordt voldaan, teneinde te voorkomen dat de aanbestedende dienst een onbeperkte keuzevrijheid heeft (en het doel van de aanbesteding wordt gemist). Artikel 2.116 Aw ziet met name op het voorkomen van gunning aan een inschrijver die lage prijzen kan hanteren vanwege technisch, economisch of juridisch ondeugdelijke veronderstellingen of praktijken, zoals niet-nakoming van dwingende sociaal-, arbeids- of milieurechtelijke voorschriften.

4.3. Uit het voorgaande volgt dat Misco een beroep kan doen op artikel 2.113a Aw. Het doel van die regel, namelijk een correcte uitvoering van de aanbesteding, beschermt immers mede de belangen van de deelnemers aan de inschrijving.

4.4. Misco stelt zich, gelet op hetgeen zij vordert, op het standpunt dat de door Central Point, Protinus en Bechtle opgegeven inschrijfsommen zodanig laag zijn dat reeds op voorhand vast staat dat onderzoek tot de conclusie zal leiden dat de voorgenomen gunning niet gehandhaafd kan blijven.

4.5. Door de Staat, Bechtle en Protinus zijn ter terechtzitting echter onweersproken meerdere factoren genoemd die het verschil tussen de inschrijfsommen van de winnende inschrijvers ten opzichte van de inschrijfsom van Misco kunnen verklaren. Zo kent Misco geen staffelkortingen toe en heeft zij bepaalde producten aangeboden voor een prijs die boven de consumentenprijs op internet ligt, waardoor de inschrijfsom van Misco hoger uitkwam. Ook heeft Misco gekozen voor het aanbieden van een tweede A-merk, wat haar extra punten opleverde op het aspect kwaliteit (vanwege de verbreding van het aanbod), maar vanwege de prijs van dat artikel punten kostte op het aspect prijs. Daarnaast hebben Bechtle en Protinus aangevoerd dat korting op Apple producten wel mogelijk is en dat op niet-Apple producten meer korting kan worden verleend dan de 5% waar Misco in haar vergelijkende berekening vanuit is gegaan.

4.6. Dat de inschrijfsommen fors minder zijn dan het door de Staat geschatte jaarvolume van de opdracht (€ 50.000.000,-) kan in dit verband niet als aanwijzing voor onregelmatigheden worden beschouwd. De inschrijfsom van Misco ligt ongeveer 18% lager dan dat geschatte jaarvolume en in het voorgaande zijn omstandigheden genoemd die de afwijking van de andere inschrijvers ten opzichte van de inschrijfsom van Misco kunnen verklaren. Bovendien is ter zitting onweersproken aangevoerd dat het bedrag van € 50.000.000,- voor circa € 5.000.000,- ziet op nevenproducten, waarvan de prijs pas in een later stadium van de aanbestedingsprocedure bekend wordt.

4.7. Het eerst ter terechtzitting door Misco aangevoerde punt dat Bechtle en Protinus niet in staat zijn een zogeheten DEP-voorziening aan te bieden is door die partijen ontkend in die zin dat beide genoemde partijen hebben verklaard hiervoor een onderaannemer in te schakelen.

4.8. Gelet op het gemotiveerde verweer tegen de stellingen van Misco op dit punt is de voorzieningenrechter van oordeel dat onvoldoende zeker is dat bij een controle als bedoeld in artikel 2.113a Aw geconstateerd zal worden dat de voorgenomen gunning niet kan worden gehandhaafd. De vorderingen van Misco, die als vermeld op deze veronderstelling zijn gebaseerd, zijn daarom niet op deze grond toewijsbaar.

4.9. Wat betreft de stelling van Misco dat de selectie van de inschrijvingen niet als aangekondigd is gebaseerd op beste prijs-kwaliteitverhouding maar op basis van de laagste prijs oordeelt de rechtbank als volgt. Het was alle inschrijvers vooraf bekend dat de puntentoekenning ter zake van wensen op het gebied van kwaliteit uitging van een “alles-of-niets-systeem”. Iedere inschrijver zal proberen aan zoveel mogelijk wensen te voldoen. Hierdoor zal het aantal behaalde punten in alle gevallen groot zijn. Ingeval alle inschrijvers te kennen geven dat zij aan alle wensen op het gebied van kwaliteit willen voldoen zal dit ertoe leiden dat zij allen het maximale aantal punten verwerven en resteert het onderscheid in de prijs. Dat betekent echter niet dat geen selectie op basis van beste prijs-kwaliteitverhouding heeft plaatsgevonden. Als alle inschrijvers dezelfde kwaliteit garanderen is de goedkoopste inschrijver degene met de beste prijs-kwaliteitverhouding. Het voorgaande zou mogelijk anders kunnen zijn indien de kwaliteitseisen zodanig zijn geformuleerd dat iedere inschrijver zonder enige moeite daaraan

kan voldoen. Het feit dat in onderhavig geval ook op het aspect kwaliteit een ongelijke puntentoe-kening heeft plaatsgevonden toont echter aan dat een dergelijke situatie zich hier niet voordoet. In dat laatste geval had Misco, gelet op de Grossmann-jurisprudentie, overigens eerder haar be-zwaren kenbaar moeten maken.

4.10. Het door Misco opgeworpen bezwaar dat niet is voldaan aan het transparantie- en gelijkheidsbeginsel omdat vooraf niet kan worden inge-schat wanneer en in welke mate over zal worden gegaan tot aanpassing van de specificatie van een of meer referentieproducten en de daarvoor gel-dende plafondprijs, wordt tardief geacht. Dat voornoemd aspect onderdeel was van de aanbesteding was Misco reeds bij het doen van haar in-schrijving bekend. Wanneer een deelnemer niet klaagt over een door hem gesteld gebrek in de aanbestedingsprocedure op het tijdstip dat hij dit gebrek kende of behoorde te kennen, maar vervol-gens wel inschrijft, heeft hij in beginsel zijn recht verwerkt om alsnog te klagen over het gestelde gebrek. Misco heeft geen feiten of omstandighe-den gesteld die ertoe leiden dat daarover in dit geval anders zou moeten worden geoordeeld.

4.11. Het voorgaande leidt ertoe dat de vorderin-gen van Misco jegens de Staat niet toewijsbaar zijn.

4.12. Nu er geen aanwijzingen zijn dat de Staat haar voorgenomen gunningsbeslissing niet ten uitvoer zal leggen hebben Bechtle en Protinus onvoldoende belang bij toewijzing van hun vordering in tussenkomst.

4.13. Misco zal, als de in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de kosten van dit geding in de hoofdzaak en in de procedures tot tussenkomst, in alle gevallen begroot op begroot op € 1.434,-, waarvan € 816,- aan salaris advocaat en € 618,- aan griffierecht. Voor veroordeling in de nakosten bestaat geen grond, nu de kostenveroordeling ook voor deze nakosten een executoriale titel oplevert (vgl. HR 19 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL1116, NJ 2011/237).

5 De beslissing

De voorzieningenrechter:
in de hoofdzaak

5.1. wijst de vorderingen af;

5.2. veroordeelt Misco in de kosten van dit geding, tot dusverre aan de zijde van de Staat begroot op € 1.434,-, waarvan € 816,- aan salaris advocaat en € 618,- aan griffierecht;

5.3. bepaalt dat bij gebreke van betaling binnen veertien dagen na betekening van dit vonnis de wettelijke rente over de proceskosten verschuldigd is;

5.4. verklaart deze kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

in de tussenkomst van Bechtle

5.5. wijst de vorderingen af;

5.6. veroordeelt Misco in de kosten van dit geding, tot dusverre aan de zijde van Bechtle begroot op € 1.434,-, waarvan € 816,- aan salaris advocaat en € 618,- aan griffierecht;

5.7. bepaalt dat bij gebreke van betaling binnen veertien dagen na betekening van dit vonnis de wettelijke rente over de proceskosten verschuldigd is;

5.8. verklaart deze kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

in de tussenkomst van Protinus

5.9. wijst de vorderingen af;

5.10. veroordeelt Misco in de kosten van dit geding, tot dusverre aan de zijde van Protinus begroot op € 1.434,-, waarvan € 816,- aan salaris advocaat en € 618,- aan griffierecht;

5.11. verklaart deze kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

Artikel 2.113a lid 2 Aw 2012 als grondslag bij abnormaal lage inschrijving?

De onderhavige zaak heeft betrekking op een door de Staat gehouden aanbesteding voor het sluiten van raamovereenkomsten met drie partijen ten behoeve van de levering van ICT-mid-delen. Het gehanteerde gunningscriterium was de beste prijs-kwaliteitverhouding. Afgevallen inschrijver Misco stelt zich in kort geding op het standpunt dat de zeer lage inschrijfsommen van de winnende inschrijvers Bechtle en Protinus aanleiding moet zijn voor de Staat om de juistheid van de inschrijvingen van deze partijen te controleren. Volgens Misco zal bij deze controle blijken dat deze winnaars niet aan alle gestelde eisen voldoen.

Opvallend en interessant is dat Misco in dit geschil géén beroep doet op artikel 2.116 Aw 2012. Artikel 2.116 Aw 2012 bevat een regeling die van toepassing is bij (het vermoeden van) een abnor-

maal lage inschrijving. Dit artikel wordt vaak als grondslag gekozen door inschrijvers die betogen dat de winnaar van de aanbesteding uitgesloten moet worden vanwege een abnormaal lage prijs. Misco kiest echter het “nieuwe”¹ artikel 2.113a lid 2 Aw 2012 als basis voor haar vordering. De voorzieningenrechter acht deze grondslag juist. Is dit terecht?

Geen beroep op artikel 2.116 Aw 2012

Allereerst zij opgemerkt dat het niet bevreemdt dat Misco op zoek is gegaan naar een andere grondslag dan artikel 2.116 Aw 2012. Zoals in jurisprudentie veelvuldig is bevestigd, vormt artikel 2.116 Aw 2012 een “veiligheidsklep” voor de aanbestedder. Op grond van dit artikel kan een aanbestedder een abnormaal lage inschrijving terzijde leggen, indien de betreffende inschrijver deze prijs onvoldoende kan onderbouwen en aanbestedder vreest dat de lage inschrijving tot problemen tijdens de uitvoering zal leiden.² Uit bedoelde jurisprudentie volgt ook dat een aanbestedende dienst op grond van artikel 2.116 Aw 2012 niet verplicht is een abnormaal laag lijkende inschrijving nader te onderzoeken en evenmin om een abnormaal lage inschrijving vervolgens uit te sluiten van de aanbesteding. Een aanbestedder kan zelfs verlieslatende of niet-kostendekkende inschrijvingen accepteren.³

Aangezien de regeling van artikel 2.116 Aw 2012 een discretionaire bevoegdheid betreft voor de aanbestedende dienst, kunnen andere inschrijvers hierop geen beroep doen. Inschrijvers die pogen met een beroep op enkel artikel 2.116 Aw 2012 de winnaar uitgesloten te krijgen van de aanbesteding, vangen bij de rechter dan ook bot. Dit is mijns inziens terecht, voor zover er geen aanwijzingen zijn dat de lage prijs het gevolg is van iets anders dan ‘(zeer) scherp offere(n)’. Een aanbesteding is er immers op gericht de laagste prijs of de beste prijs/kwaliteit-verhouding uit de markt te halen. Daarmee strookt niet dat een aanbestedende dienst door een inschrijver (via de rechter) gedwongen zou kunnen worden een (zeer) scherpe offerte te passeren.

Indien er echter een gegronde vermoeden bestaat dat de zeer lage prijs van de winnaar veroorzaakt wordt door een fout in de inschrijving, bijvoorbeeld doordat de inschrijving niet voldoet aan gestelde eisen zoals Misco in dit geval stelt, kan een aanbestedder zich mijns inziens niet ‘verschillen’ achter zijn discretionaire bevoegdheid die volgt uit artikel 2.116 Aw 2012. In een dergelijk geval is de aanbestedende dienst op grond van de beginselen van gelijke behandeling en transparantie wel degelijk verplicht de inschrijving op dit vermoeden te controleren en – indien het vermoeden juist blijkt te zijn – te passeren. De grond voor afwijzing is dan niet zo zeer de ‘abnormaal lage prijs’, als wel het feit dat niet aan de gestelde eisen wordt voldaan (non-conformiteit van de inschrijving).

Beroep op artikel 2.113a Aw 2012 juist?

Of het door Misco opgevoerde artikel 2.113a Aw 2012 helemaal geschikt is als grondslag voor haar betoog, betwijfel ik echter.

Artikel 2.113a Aw 2012 is ingevoerd ter implementatie van artikel 67 lid 4 van de Richtlijn 2014/24/EU en luidt:

“1. Gunningscriteria waarborgen de mogelijkheid van daadwerkelijke mededinging en gaan vergezeld van specificaties aan de hand waarvan de door de inschrijvers verstrekte informatie daadwerkelijk kan worden getoetst om te beoordelen hoe goed de inschrijvingen aan de gunningscriteria voldoen.

- 1 Artikel 2.113a Aw 2012 is ingevoerd bij de wijziging van de Aw per 1 juli 2016.
- 2 Zie onder andere: Vzr. Rb. Den Haag 23 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:1592, «JAAN» 2016/80, Rb. Rotterdam 13 februari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:1182, «JAAN» 2017/8, Rb. Overijssel 6 juni 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:3245, «JAAN» 2014/722, Rb. Gelderland 12 oktober 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:5779, «JAAN» 2016/256.
- 3 Zie onder andere: HvJ EU 15 mei 2008, C-147/06 en C-148/06 (Secap en Santorso) en Vzr. Rb. Rotterdam 13 februari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:1182, «JAAN» 2017/89. Voor een aanbestedende dienst kan uiteraard wél een verplichting tot uitsluiten van een (abnormaal) lage inschrijving bestaan indien in de aanbestedingsdocumenten nadere voorwaarden zijn gesteld aan de prijsstelling, zoals “marktconformiteit” van de prijzen of een bepaalde minimumprijs.

2. Een aanbestedende dienst controleert in geval van twijfel effectief de juistheid van de door de inschrijvers verstrekte informatie en bewijsmiddelen.”

Lid 1 verplicht de aanbestedende dienst in de eerste plaats om gunningscriteria zo op te stellen dat hij in staat zal zijn de door inschrijvers verstrekte informatie in het kader van deze gunningscriteria te toetsen. Deze verplichting is niet nieuw. Het Wienstrom-arrest bevestigde reeds dat een gunningscriterium in strijd komt met de beginselen van gelijke behandeling en transparantie indien de door inschrijvers in het kader van het criterium verstrekte informatie niet controleerbaar is.⁴

Uit lid 2 volgt vervolgens dat de in het kader van de gunningscriteria verstrekte “informatie en bewijsmiddelen” bij twijfel op juistheid moeten worden gecontroleerd door de aanbestedende dienst. Mede in het licht van lid 1, lijkt deze bepaling mij primair bedoeld als een verplichting om de ingediende onderbouwende informatie en bewijsmiddelen te controleren *in het kader van de punttoekenning* op de gunningscriteria en niet als een verplichting tot controle op geldigheid van de inschrijving *in het kader van de gestelde eisen*. Uiteraard kan uit een controle op grond van artikel 2.113a Aw 2012 ook blijken dat niet aan de gestelde eisen wordt voldaan, maar dit is mijns inziens niet het primaire doel van de controle op grond van artikel 2.113a lid 2 Aw 2012.⁵

4 HvJ EU 4 december 2003, C-448/0 (Wienstrom) r.o. 51. Uit dit arrest volgt dat het gunningscriterium “stroom uit hernieuwbare energiebronnen” in strijd komt met aanbestedingsrechtelijke beginselen indien niet gecontroleerd kan worden of geleverde stroom daadwerkelijk uit hernieuwbare energiebronnen wordt opgewekt en de inschrijvers niet zijn gevraagd hun inschrijving op dit punt te bewijzen.

5 De rechtbank overweegt in de onderhavige zaak, in r.o. 4.2, zelf ook dat artikel 2.113a AW ertoe strekt controle mogelijk te maken op “de mate waarin aan de gunningscriteria wordt voldaan”. Vergelijk ook: ‘t Hart, in: Tekst & Commentaar Aanbestedingswet, Deventer: Kluwer 2017 (derde druk), art. 2.113a, aant. 3.

Misco had mijns inziens (tevens) een (zelfstandig) beroep kunnen doen op het gelijkheids- en transparantiebeginsel. Daaruit volgt immers reeds dat een aanbesteder gehouden is te onderzoeken of de inschrijvingen voldoen aan de in de aanbestedingsstukken gestelde eisen. Dit uitgangspunt is ook neergelegd in artikel 2.113 Aw 2012. Uit rechtspraak volgt dat een aanbestedder in beginsel mag uitgaan van de juistheid van ingediende verklaringen en documenten, maar dat de aanbesteder onderzoek dient te verrichten indien er gegronde twijfel bestaat of deze verklaringen juist zijn. Deze twijfel kan ook veroorzaakt worden door feiten of omstandigheden die een andere inschrijver aanvoert.⁶ Een zeer lage prijs in combinatie met omstandigheden zoals door Misco in het onderhavige geval gesteld, zouden mijns inziens (mits het zeer lage prijsniveau en de bijkomende omstandigheden voldoende worden aangetoond) een reden kunnen zijn voor gegronde twijfel, die tot het onderzoek noopt dat Misco beoogde.⁷

Lex generalis, lex specialis

Overigens ben ik het wel volledig eens met het oordeel van de voorzieningenrechter dat 2.116 Aw 2012 géén lex specialis vormt van artikel 2.113a Aw 2012 als lex generalis, zoals door de Staat (dus onterecht) was betoogd. Artikel 2.113a Aw 2012 is op geen enkele wijze verbonden aan artikel 2.116 Aw 2012 en beide artikelen hebben een geheel eigen strekking.

Uitkomst

Misco wordt door de voorzieningenrechter weliswaar gevolgd in haar beroep op artikel 2.113a lid 2 Aw 2012 als grondslag, maar inhoudelijk niet in het gelijk gesteld. Misco is er niet in geslaagd hard te maken dat de prijzen van Bechtle en Protinus dusdanig laag zijn dat aanleiding bestaat tot nader onderzoek. Door de Staat en inschrijvers Bechtle en Protinus (die waren tus-

6 Zie onder andere: Gerechtshof Amsterdam 8 april 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1583, «JAAN» 2014/89 en Vr. Rb. Den Haag 9 juli 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX2142, «JAAN» 2012/134.

7 Zie ook: Vr. Rb. Arnhem 10 juni 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BM9566, «JAAN» 2011/107.

sengekomen) is uitvoerig onderbouwd waardoor het prijsverschil met Misco veroorzaakt wordt. Deze onderbouwing is door Misco kennelijk niet (voldoende) weersproken, waardoor de voorzieningenrechter de juistheid daarvan aanneemt. Daarbij heeft Misco onvoldoende kunnen aantonen dat op voorhand reeds vaststaat dat Bechtle en Protinus niet aan de gestelde eisen voldoen. Deze uitkomst van het kort geding was mijns inziens overigens niet anders geweest bij een zelfstandig beroep op het gelijkheids- en transparantiebeginsel en/of artikel 2.113 Aw 2012.

Conclusie en enkele concrete vuistregels voor de praktijk

Indien het gegronde vermoeden bestaat dat de zeer lage prijs van de winnaar veroorzaakt wordt door het niet voldoen aan gestelde eisen, kan een aanbestedder zich niet 'verschuilen' achter zijn discretionaire bevoegdheid die volgt uit artikel 2.116 Aw 2012. Een aanbestedende dienst kan (op grond van de aanbestedingsrechtelijke beginselen en artikel 2.113 Aw) gehouden zijn de inschrijving met de zeer lage prijs te controleren en – indien blijkt dat niet aan de eisen wordt voldaan – uit te sluiten. Een aanbestedder doet er mijns inziens ook goed aan bij twijfel een controle uit te voeren. Een zeer lage prijs die is gebaseerd op onjuiste uitgangspunten zal tijdens de uitvoering immers vaak tot problemen leiden.

Een andere inschrijver die gegronde twijfel heeft bij de geldigheid van de winnende inschrijving met een zeer lage prijs, kan aan een aanbestedende dienst zijn twijfel kenbaar maken en de aanbestedende dienst verzoeken de winnende inschrijving (nader) te verifiëren. Indien de aanbestedende dienst deze verificatie weigert, kan een inschrijver trachten dit in kort geding af te dwingen, met een beroep op de aanbestedingsrechtelijke beginselen en op artikel 2.113 Aw 2012. Artikel 2.116 Aw 2012 vormt in een dergelijk geval geen goede grond voor de klagende inschrijver, zo volgt uit de jurisprudentie. Artikel 2.113a lid 2 Aw 2012 lijkt ook wat minder passend. Deze bepaling lijkt immers primair een verplichting te scheppen om informatie en bewijsmiddelen te controleren in het kader van de puntentoekenning op de gunningscriteria. Nu dit artikellid in de onderhavige zaak door de rechter wel als grondslag is gehonoreerd, ver-

dient het voor de klagende inschrijver mijns inziens toch aanbeveling dit artikel (zekerheidshalve) als aanvullende grond aan te voeren.

E.L.H. Snijders-van Erp,
advocaat bij Croon advocaten N.V.

48

Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag
28 december 2017, nr. C-09-543938-KG ZA
17-1526, ECLI:NL:RBDHA:2017:15519
(mr. Groeneveld-Stubbe)

Proportionaliteit eis.

Onderdeel van het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (hierna: VWS) is het Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu (hierna: het RIVM). Het Centrum Infectiebestrijding van het RIVM is verantwoordelijk voor de regie van het Rijksvaccinatieprogramma (hierna: het RVP). Onderdeel van het RVP is een vaccinatie waarmee kinderen voor zes infectieziekten worden gevaccineerd met een zogeheten hexavalent combinatievaccin (hierna: het combinatievaccin). Dat gebeurt voor het eerst wanneer zij tussen de zes en negen weken oud zijn en daarna nog drie maal.

Aan Sanofi-Aventis Netherlands B.V. (hierna: Sanofi) is op 17 april 2013 een Europese Marktvergunning verleend door de European Medicines Agency (de EMA) voor het combinatievaccin Hexyon. Het verlenen van een dergelijke vergunning Hexyon mag dientengevolge verhandeld worden in de Europese Unie, zonder dat daarvoor nadere vergunningen vereist zijn.

Op 6 dan wel 9 oktober 2017 is de "Invitation to Tender for the supply of DTaP-IPV-Hib-HepB vaccines by National Institute for Public Health and the Environment (RIVM)" gepubliceerd (dit document zal hierna worden aangeduid als 'ITT' en deze procedure als 'de aanbesteding'). In de ITT is opgenomen als eis 7.2.2:

"The SmPC of the vaccine contains data supporting the use of the vaccine in premature infants."

De voorzieningenrechter stelt het volgende voorop. Er is volgens Sanofi sprake van onrechtmatig handelen van de Staat jegens Sanofi doordat de Staat het RIVM opdracht heeft gegeven om in de aanbesteding eis 7.2.2 op te nemen. Daarbij lijkt Sanofi uitdrukkelijk een onderscheid te maken

tussen die handeling van de Staat en het handelen van het RIVM in het kader van de aanbesteding; reden waarom zij ook nog een ander kort geding aanhangig heeft gemaakt. De reden hiervoor is de voorzieningenrechter, net als de Staat, niet duidelijk geworden, nu het RIVM onderdeel is van VWS. Het geven van de instructie door (de Minister van) VWS aan het RIVM raakt Sanofi ook pas, indien en voor zover die instructie ertoe heeft geleid dat in de aanbesteding, waaraan Sanofi wenst deel te nemen, een eis is opgenomen die niet voldoet aan de daaraan te stellen eisen. Als dat het geval is, zou de Staat onrechtmatig jegens Sanofi kunnen handelen. De voorzieningenrechter zal in het navolgende daarom beoordelen of dat het geval is ten aanzien van eis 7.2.2, zoals Sanofi meent.

Voor zover Sanofi meent dat, door het systeem van het verlenen van Europese marktvergunningen en, kort gezegd, de omstandigheid dat de bescherming van de volksgezondheid "geheel is afgedekt door de Geneesmiddelenverordening" en in een aanbesteding geen verdere eisen meer mogen worden gesteld aan het te leveren combinatievaccin, wordt dat standpunt verworpen. Het gevolg van voormelde door Sanofi genoemde omstandigheden is dat een bedrijf dat beschikt over een dergelijke vergunning het combinatievaccin vrij mag verhandelen in de Europese Unie en dat lidstaten geen aanvullende belemmeringen mogen opwerpen voor verhandeling van het vaccin in de betreffende lidstaat. Dat laat echter onverlet dat de Staat – die uitdrukkelijk heeft verklaard aan de beoordeling van de EMA niets af te willen doen – in het kader van een aanbesteding, mede gelet op zijn contractvrijheid, eisen mag stellen waaraan een product of inschrijver moet voldoen. De vrijheid om eisen te stellen is uiteraard wel begrensd. Deze moeten voldoende verband houden met de aard en omvang van de opdracht die wordt aanbesteed en moeten proportioneel, transparant en niet discriminerend zijn. Nu Sanofi heeft betwist dat dit het geval is, zal dit hierna worden beoordeeld.

De Staat heeft in reactie op die betwisting uitgebreid toegelicht wat het doel is van de opdracht, te weten het inkopen van een combinatievaccin dat geschikt is voor gebruik in het RVP. De gezondheidsraad raad heeft in 2014 geconcludeerd dat beide vaccins veilig en effectief zijn, maar benadrukt dat Hexyon niet zonder extra monitoring van de veiligheid en effectiviteit binnen het RVP gebruikt kan worden bij (onder meer) prematuur geboren kinderen, vanwege een gebrek aan gegevens. Daarbij stelt zij dat door de fabrikant gepland onderzoek in deze groepen mogelijk in deze lacune kan voorzien. Ook heeft de Staat een dalende vac-

cinatiegraad in aanmerking genomen, alsmede voorbeelden uit het verleden, waarbij onrust is ontstaan. Voorts heeft de Staat gewezen op de omstandigheid dat ouders in toenemende mate actief zelf informatie zoeken en delen, waartoe zij diverse bronnen raadplegen.

Gelet op deze toelichting moet het stellen door de Staat van eis 7.2.2 in de aanbesteding zonder meer proportioneel en objectief gerechtvaardigd worden geacht. De stellingen van Sanofi kunnen daar niet aan af doen. De voorzieningenrechter begrijpt dat Sanofi van mening is dat volstaan kan worden met een eis die inhoudt dat voldoende data over gebruik van het vaccin bij prematuren beschikbaar zijn. De Staat heeft daaromtrent echter opgemerkt dat het beschikbaar zijn van dergelijke data onvoldoende is en dat deze data door een objectieve, onafhankelijke instantie als de EMA zullen moeten worden beoordeeld. Dat wordt door de voorzieningenrechter gevolgd. Nu de EMA ook de instantie is die kan bepalen dat de SmPC moet worden gewijzigd, ligt het stellen van eis 7.2.2 temeer voor de hand.

Dat de Staat bij Sanofi het vertrouwen heeft gewekt dat eis 7.2.2 niet (in deze vorm) gesteld zou worden, kan niet uit de overgelegde stukken en de vaststaande feiten worden afgeleid. Van door de Staat gedane toezeggingen in dit kader is de voorzieningenrechter niet gebleken. Dat de Staat het vertrouwen heeft gewekt om, als deze eis al gesteld zou worden, te wachten totdat Sanofi daaraan zou voldoen, volgt ook niet uit de stukken. Het standpunt van Sanofi dat er in deze sprake is van een niet toegelaten belemmering van het vrij verkeer van goederen wordt ook verworpen. Zoals volgt uit hetgeen onder 4.2 is overwogen, staat het stellen van eis 7.2.2 los van de beoordeling die de EMA heeft uitgevoerd en van de omstandigheid dat de aan Sanofi verleende vergunning met zich brengt dat zij Hexyon vrij mag verhandelen. De Europese regelgeving staat er niet aan in de weg dat in een aanbesteding aanvullende eisen worden gesteld. Eis 7.2.2 houdt, zo volgt uit het vorenstaande, voldoende verband met de opdracht en betreft een eis die objectief gerechtvaardigd is. Van een ongelijke behandeling en/of een ongeoorloofde beperking van het vrije verkeer van goederen en de mededinging is dan ook geen sprake.

Over de stelling van Sanofi dat sprake is van een onethische eis, overweegt de voorzieningenrechter hierover nog het volgende. Deze stelling kan reeds niet worden gevolgd, omdat deze uitgaat van de onjuiste veronderstelling dat de vereiste data alleen verkregen kunnen worden door Hexyon toe te passen op prematuren in andere lidstaten en dat,

totdat het op deze wijze is getest, niet in Nederland wordt toegelaten. De Staat heeft er op gewezen dat er ook een klinische studie in Nederland kan worden gedaan, hetgeen Sanofi erkent. De omstandigheid dat Sanofi ervoor heeft gekozen daar niet toe over te gaan, omdat zij de mogelijkheid had data te verzamelen via een regulier vaccinatieprogramma in een ziekenhuis in Leuven, laat onverlet dat dit wel mogelijk is.

Al het vorenstaande in aanmerking nemende, zijn de vorderingen van Sanofi niet voor toewijzing vatbaar.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Sanofi-Aventis Nederlands B.V., statutair gevestigd en kantoorhoudende te Gouda, eiseres,

advocaat mrs. W.E. Pors, J.I. Kohlen en F. Douwenga te Den Haag,

tegen:

de publiekrechtelijke rechtspersoon

DE STAAT DER NEDERLANDEN (MINISTERIE VAN VOLKSGEZONDHEID, WELZIJN EN SPORT),

zetelende te Den Haag,

gedaagde,

advocaat mrs. M.C. de Vries en J.N.E. Weyne te Den Haag.

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

49

Voorzieningenrechter Rechtbank
Midden-Nederland
29 december 2017, nr. C/16/448825/KG ZA
17-797, ECLI:NL:RBMNE:2017:6313
(mr. Slootweg)

Onderhandelingsprocedure met aankondiging. Storing digitaal aanbestedingsplatform.

[ARNS art. 6.1]

NS Reizigers heeft een Europese onderhandelingsprocedure met aankondiging georganiseerd voor vervangend busvervoer bij geplande en ongeplande stremmingen. Op de aanbestedingsprocedure

is deel 3 van de Aanbestedingswet 2012 (Aw 2012) van toepassing en het Aanbestedingsreglement NS (ARNS).

De onderhavige aanbestedingsprocedure begint met de selectiefase. In de tweede fase van de procedure wordt de opdracht verdeeld in twee percelen: oost en west Nederland.

NS Reizigers heeft eiseres na de sluitingsdatum op 4 september 2017 gebeld. Zij had geen aanmelding van eiseres ontvangen en heeft eiseres gevraagd naar de reden van het uitblijven van haar aanmelding. Eiseres verkeerde in de veronderstelling dat zij op 1 september 2017 haar aanmelding had ingediend.

Er is een onderzoek ingesteld naar de gang van zaken rondom de aanmelding. De logboeken van zowel eiseres als NS Reizigers/Ariba zijn bekeken. In de brief van 7 september 2017 heeft NS Reizigers eiseres bericht dat zij tot haar spijt moet concluderen dat door eiseres geen aanmelding is ingediend en dat zij conform artikel 6.1 ARNS niet kan deelnemen in onderhavige aanbesteding.

De vordering van eiseres strekt er toe dat zij wordt toegelaten tot de tweede fase van de aanbestedingsprocedure. Zij stelt dat zij op vrijdag 1 september 2017 haar aanmelding heeft ingediend en dat deze aanmelding in het door NS Reizigers gebruikte systeem Ariba terechtgekomen is. Als de aanmelding NS Reizigers niet heeft bereikt, en NS Reizigers daarvan geen kennis heeft genomen, is dit volgens eiseres hoogst waarschijnlijk het gevolg van een storing in het systeem van Ariba, en is haar aanmelding ten onrechte buiten beschouwing gelaten.

Uitgangspunt Selectieleidraad en ARNS

De tekst van de Selectieleidraad en het ARNS over de termijn voor het indienen en de wijze van indiening is naar het oordeel van de voorzieningenrechter duidelijk. De aanmelding moest uiterlijk op 4 september 2017 om 11.00 uur in het bezit zijn van NS Reizigers via het communicatieplatform van Ariba. Daarvoor moesten de inschrijvers in het systeem op de virtuele knop "volledige reactie indienen" drukken. Uit de stukken blijkt dat de gegaagden bij juiste aanmelding een ontvangstbevestiging zouden krijgen. Zij konden daarnaast controleren of de inschrijving juist is ingediend en door NS is ontvangen door op de link "Event Messages/Berichten" linksboven in het scherm te klikken. Daar staat dan een bevestiging van de indiening van de aanmelding. Bovendien is de knop "Volledige reactie indienen/ Submit Entire Response" in dat geval vervangen door de knop "Reactie aanpassen/ Revise Response". In de selectieleidraad is nadrukkelijk bepaald dat eventuele vertragingen

bij de indiening, bijvoorbeeld als gevolg van technische storingen, altijd volledig voor rekening en risico van de inschrijvers komen. Enkel indien sprake is van een storing van Ariba en indienen van een aanmelding kort voor het verstrijken van de sluitingsdatum en het sluitingstijdstip niet mogelijk is, kan een aanmelding toch als tijdig worden aangemerkt indien voldaan is aan de in artikel 6.1 ARNS genoemde voorwaarden. Deze bepaling gaat dus over kenbare storingen.

Uitgangspunt is dus dat de inschrijver verantwoordelijk is voor tijdige, juiste en volledige indiening. NS Reizigers heeft gemotiveerd gesteld dat de aanmelding van eiseres haar niet heeft bereikt. Dit betekent dat het op de weg van eiseres ligt om aannemelijk te maken dat haar aanmelding wel tijdig in het door NS Reizigers gebruikte systeem Ariba is terechtgekomen, althans dat het niet bereiken het gevolg is van een eigen handeling/storing van NS Reizigers/Ariba en dat haar aanmelding meegenomen moet worden.

Indiening aanmelding niet aannemelijk gemaakt

Vast staat dat eiseres niet een ontvangstbevestiging van de aanmelding kan overleggen of een ander document, waaruit blijkt dat zij haar aanmelding heeft ingediend. Ook is niet gebleken dat zij heeft gecontroleerd of de aanmelding is ingediend door te klikken op de link "Event Messages/Berichten", wat wel voor de hand had gelegen, temeer omdat eiseres bekend was met het systeem. Eiseres beroept zich op de verklaringen van haar medewerkers [A] en [B] die hebben aangegeven dat zij op vrijdag 1 september 2017 het uploaden en het indienen van de aanmelding hadden gepland en dat deze handeling vervolgens ook door hen is uitgevoerd door op de knop "Volledige reactie indienen" te drukken. Daarnaast verwijst eiseres naar de bevindingen van de door haar ingeschakelde onderzoeksbureau "[naam onderzoeksbureau] BV". De medewerkers [A] en [B] hebben verklaard dat nadat op de knop "Volledige reactie indienen" was gedrukt, het scherm ververste en dat vervolgens een geel balkje verscheen met de bevestiging dat was ingediend. NS Reizigers heeft er tijdens de mondelinge behandeling echter op gewezen dat de ontvangstbevestiging in een groene balk verschijnt en niet in een gele. Als deelvragen zijn beantwoord, verschijnt volgens haar de gele balk in het scherm en blijft daarnaast rechtsonder in het scherm de blauwe knop met "Submit Entire Response/Volledige reactie indienen" zichtbaar. Eiseres heeft na de uiteenzetting van NS Reizigers over de verschillende kleuren balken haar stellingen op dit punt niet nader toegelicht. Dit maakt naar het oordeel van de voorzieningenrechter dat

aan de verklaringen van de beide medewerkers onvoldoende gewicht toekomt. Daaruit kan in ieder geval niet worden afgeleid dat eiseres haar aanmelding op juiste wijze heeft ingediend.

De bevindingen van het onderzoeksbureau "[naam onderzoeksbureau] BV" bieden daarvoor eveneens onvoldoende steun. Dat er een storing in het systeem van Ariba is geweest, kan daaruit niet worden afgeleid, nog daargelaten dat het mede gelet op het uitgangspunt dat de inschrijver verantwoordelijk is voor de juiste aanmelding op de weg van eiseres had geleden om met de link "Event Messages/Berichten" te controleren of de aanmelding goed was gegaan. In het licht van de stelling van NS Reizigers dat de data uitwisseling waarnaar eiseres verwijst waarschijnlijk betrekking heeft op een niet significante handeling die door het logboek van Ariba niet geregistreerd wordt, is daarnaast niet aannemelijk dat deze data uitwisseling slechts betrekking kan hebben op een aanmelding. Het enkele feit dat op 1 september 2017 een relatief grote hoeveelheid data tussen het IP-adres van eiseres en het adres van Ariba is uitgewisseld betekent nog niet, dat dit het gevolg is van het klikken op de submitknop.

De conclusie is dat op grond van de feiten en omstandigheden van het onderhavige geval niet aannemelijk is geworden dat NS Reizigers de inschrijving van eiseres ten onrechte buiten beschouwing heeft gelaten.

Beslissing

De voorzieningenrechter wijst de vorderingen af.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[eiseres] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats],

eiseres,
advocaat mr. H.A.J. Stollenwerck te Maastricht,
tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

NS REIZIGERS B.V.,
gevestigd te Utrecht,
gedaagde,

advocaten mr. J.M.E. Yilmaz en mr. P. Heemskerck te Amsterdam.

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

50

Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag
3 januari 2018, nr. C/09/541095 KG ZA 17/1334,
ECLI:NL:RBDHA:2018:483
(mr. Groeneveld-Stubbe)
Zie noot mr. P.F.C. Heemskerk en mr. C.M.C.
Wagemakers

Kwalitatieve gunningscriteria. Beoordeling gunningscriteria. Motivering gunningsbeslissing. Aanvullen motivering gunningsbeslissing.

De Staat heeft een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure georganiseerd ten behoeve van een opdracht tot, kort gezegd, het verzorgen van het technisch onderhoud van de ambassade in Beijing. Het gunningscriterium van de aanbesteding is de economisch meest voordelige inschrijving.

Bij brief van 14 september 2017 heeft de Staat aan GSN Property Services Co. LTD. (hierna: GSN) bericht dat hij voornemens is de opdracht te gunnen aan het andere bedrijf dat op de aanbesteding heeft ingeschreven, te weten ISS World, en niet aan GSN. Na betekening van de dagvaarding op 11 oktober 2017 maar vóór de geplande datum van de behandeling van de zaak ter zitting op 14 november 2017 heeft de Staat bij brief van 7 november 2017 een nieuwe brief gestuurd, waarin onder meer is vermeld dat in de brief van 14 september ten onrechte staat dat GSN niet met de laagste prijs had ingeschreven.

GSN stelt dat er sprake is van een ondeugdelijke motivering van de gunningsbeslissing en vordert onder meer dat de gunning aan ISS World wordt ingetrokken.

Kwalificatie nieuwe informatie

De voorzieningenrechter stelt voorop dat door de brief van de Staat van 7 november 2017 de zaak inhoudelijk is gewijzigd ten opzichte van de situatie ten tijde van de dagvaarding. In de dagvaarding is GSN namelijk ingegaan op de door de Staat in zijn brief van 14 september 2017 gegeven – summiere – motivering voor zijn voorlopige gunningsbeslissing. In de brief van 7 november 2017 is nieuwe informatie over deze beslissing aan GSN verstrekt. Een door de Staat gedane onjuiste mededeling ten aanzien van de prijs is in deze brief rechtgezet en hierin is een nadere toelichting gegeven over hoe

bepaalde eerdere mededelingen van de Staat waren bedoeld en moeten worden begrepen. Partijen twisten over de vraag hoe het verstrekken van deze nieuwe informatie moet worden gekwalificeerd en of dit toelaatbaar kan worden geacht.

Welke kwalificatie aan het verstrekken van deze nieuwe informatie moet worden gegeven, is in dit geval echter niet relevant. Ook als het een aanvulling betreft met nieuwe redenen voor de afwijzing van GSN, kunnen die in dit geval in aanmerking worden genomen. De Staat kan worden gevolgd in zijn stelling dat het mogelijk moet zijn om, indien blijkt dat er misverstanden zijn ontstaan of fouten zijn gemaakt, deze op te helderen dan wel te herstellen. De weg die in een dergelijk geval gevolgd moet worden, is het intrekken van de gegeven beslissing en het nemen van een nieuwe beslissing, met vermelding daarbij van alle redenen voor die beslissing. Daartoe is de Staat weliswaar niet met zoveel woorden overgegaan, maar uit haar inhoudelijke mededelingen blijkt genoegzaam dat zij de opdracht nog steeds wil gunnen aan ISS World waartoe de in de brief van 7 november 2017 genoemde motivering redengevend is. Daarbij heeft de Staat aan GSN een nieuwe termijn van twintig dagen gegeven om bezwaar te maken tegen die beslissing. Van enig inhoudelijk verschil met de voorgeschreven handelwijze is dan ook geen sprake. Verder mag aangenomen worden dat een nieuwe beslissing geheel gelijklopend zal zijn, zoals de Staat ter zitting ook heeft verklaard. GSN heeft voorts ruimschoots de tijd gehad na de verzending van de brief van 7 november 2017 en vóór de zitting van 19 december 2017 om zich hierover te beraden. Er zijn dan ook geen gronden aanwezig om de nieuwe motivering als ontoelaatbaar buiten beschouwing te laten.

Beoordeling gunningscriteria

De enkele verwijzing door GSN naar hetgeen zij in haar inschrijving heeft vermeld en haar stelling dat zij gelet daarop wél duidelijk heeft beschreven op welke wijze de kwaliteit en efficiency van haar werkzaamheden kunnen worden gecontroleerd, is gezien het beoordelingskader van dit geding en de door de Staat gegeven toelichting, onvoldoende om uit te kunnen gaan van de juistheid van haar standpunt dat zij te weinig punten heeft gekregen. Aan de voorzieningenrechter komt slechts een beperkte toetsingsvrijheid toe wanneer het aankomt op de beoordeling van een kwalitatief criterium.

De Staat heeft toegelicht dat, verkort weergegeven, GSN slechts in zeer algemene termen heeft beschreven welke Key Performance Indicators zij voorne-

mens is toe te passen. Zij geeft daarbij niet aan hoe ze deze KPI's hanteert en al evenmin hoe de resultaten van het toepassen van de KPI's worden gebruikt om de dienstverlening vervolgens te verbeteren, aldus de Staat. GSN heeft haar standpunt daartegenover onvoldoende onderbouwd.

Aan het standpunt van GSN dat de Staat de indruk heeft gewekt van vooringenomenheid en favoritisme wordt voorbij gegaan, nu GSN dit standpunt onvoldoende nader heeft onderbouwd.

Beslissing

De voorzieningenrechter wijst het gevorderde af.

de vennootschap naar vreemd recht

GSN PROPERTY SERVICES CO., LTD.,

gevestigd in China,

eiseres,

advocaat mr. D.C. van Genderen te Rotterdam,
tegen:

de publiekrechtelijke rechtspersoon DE STAAT DER NEDERLANDEN (MINISTERIE VAN BUITENLANDSE ZAKEN),

zetelende te Den Haag,

gedaagde,

advocaat mr. I. van Drongelen te Den Haag.

Partijen worden hierna respectievelijk aangeduid als 'GSN' en 'de Staat'.

1 De procedure

1.1. De voorzieningenrechter heeft kennis genomen van:

- de dagvaarding van 11 oktober 2017 met producties;

- de door de Staat overgelegde productie.

1.2. De op 14 november 2017 geplande mondeling behandeling is aangehouden om partijen in de gelegenheid te stellen het geschil in onderling overleg te beëindigen. GSN heeft daarna verzocht om voortzetting van de mondelinge behandeling.

1.3. De voortgezette mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden op 19 december 2017. De Staat is daar vrijwillig verschenen. Door beide partijen zijn ter zitting pleitnotities overgelegd.

1.4. Ter zitting is vonnis bepaald op heden.

2 De feiten

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

2.1. De Staat heeft een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure georganiseerd ten behoeve van een opdracht tot, kort gezegd, het verzorgen van het technisch onderhoud van de ambassade in Beijing (hierna: de aanbesteding en/of de opdracht).

2.2. Het gunningscriterium van de aanbesteding is de economisch meest voordelige inschrijving. Het totaal aantal te behalen punten bedraagt 100, waarvan voor het onderdeel prijs 40 en voor het onderdeel kwaliteit 60 punten konden worden behaald. Het onderdeel kwaliteit is onderverdeeld in drie "wishes", te weten "unburden" met een maximaal te behalen score van 30 punten, "service" met een maximaal te behalen score van 20 punten en "Responsibility" met een maximaal te behalen score van 10 punten. De door de inschrijvers te verstrekken informatie op deze kwaliteitscriteria moest worden opgenomen in het als bijlage bij het aanbestedingsdocument gevoegde "Request for tenders response form", zo staat vermeld in hoofdstuk 4.2 "Further award criteria" van dat document.

2.3. GSN heeft tijdig op de aanbesteding ingeschreven.

2.4. Bij brief van 14 september 2017 heeft de Staat aan GSN bericht dat hij voornemens is de opdracht te gunnen aan het andere bedrijf dat op de aanbesteding heeft ingeschreven, te weten ISS World, en niet aan GSN. In deze brief staat onder meer het aantal punten vermeld dat voor de drie wensen is behaald met een korte toelichting. Ten aanzien van respectievelijk de wensen 1 en 3 wordt vermeld:

"1. Plan of Approach

The pro-active planning information was not complete in our opinion. You referred to an appendix "blueBee". The appendix wasn't send to us in your proposal.

You scored 20 points of 30 points maximum.

(...)

3. Responsibility

The discription of the information management is a strong point in this wish. The description of the annual assessment of performance is in sum. We haven't a clou how you want to apply the KPI. You don't describe the auditability of your services.

You scored 7,3 points of 10 points maximum."

De brief vermeldt vervolgens een totale score van GSN van 40,7 (voormelde scores vermeerderd met 13,3 punten op wens 2) en van ISS World van 52. Verder is in de brief opgenomen: "The price quoted

in your tender was not the lowest bid.” Ook staat in de brief vermeld dat er een termijn geldt van twintig dagen om bezwaar te maken tegen de voorlopige gunningsbeslissing, welke termijn eenmaal is verlengd.

2.5. De Staat heeft nadien desgevraagd aan GSN meegedeeld dat zij in totaal 80,67 punten heeft gescoord, waarvan 40,67 op kwaliteit. De Staat heeft niet, zoals door GSN gevraagd, aan haar inlichtingen verstrekt over de score van ISS World op het onderdeel prijs.

2.6. GSN heeft daarna tijdig dit kort geding ahangig gemaakt. Na betekening van de dagvaarding op 11 oktober 2017 maar vóór de geplande datum van de behandeling van de zaak ter zitting op 14 november 2017 heeft de Staat bij brief van 7 november 2017, voor zover thans relevant, aan GSN het volgende meegedeeld:

(...)

We have concluded that we could have provided you a more substantial and clear explanation on some parts of the award decision.

(...)

First of all, in the decision, I mistakenly mentioned that the price quoted in your tender was not the lowest bid. You did in fact offer the lowest price.

(...)

Secondly we did receive the Appendix. However, in the RFP it was clearly mentioned that the response forms should be used for drawing up the tender. Furthermore, in the response form attached to the RFP as Appendix 5a, it was clearly mentioned that the proposals on each of the three wishes should not exceed 1 page A4 (verdana 9 pt). This implies that any other information or documents not being part of the response form submitted, or any information exceeding 1 page A4 would not be assessed. You have nevertheless submitted various Appendices, including an Appendix concerning Blue Bee. In light of the requirements set out, we consider the Appendices not to be part of your proposal and did not include these Appendices in our assessment.

(...)

As to the two subcriteria on which you claim you have not been awarded the correct amount of points, I inform you as follows.

(...)

Plan of Approach

(...)

The information you provided is very general and unspecified and, consequently, did not meet the SMART criteria in full. You refer to two Appendices that we could not take into consideration.

(...)

Our assessment resulted in 20 points of the maximum total of 30 points.

Responsibility

(...)

The description of the annual assessment of performance (KPI) in the response form does not meet the SMART criteria in full. You only provide a summary of very general KPI's but you do not provide a SMART description of how the annual evaluation takes place and how the quality of the services will be revised based on this evaluation. In other words, you do not explain how you will apply the KPI's. Also, you should have included the information regarding the Blue Bee program in the response form (within the limit of an A4 page), and not in a separate Appendix. As you have not done so, we could not include this information in the assessment. Finally, your proposal does not mention anything about auditability.

Our assessment resulted in 7,3 points of 10 points maximum.

The review we have conducted does not lead to another reward decision.

(...)

As a courtesy, I am prepared to extend the objection period with respect to these parts of the decision with another 20 days from now.

(...)"

De Staat heeft in deze brief verder zijn excuses gemaakt voor de gemaakte fout alsmede voor bij GSN door bepaalde mededelingen ontstane verwarring en/of misvattingen.

2.7. De geplande behandeling van de zaak ter zitting op 7 november 2017 is vervolgens op verzoek van partijen aangehouden. De zitting heeft uiteindelijk plaatsgevonden op 19 december 2017 (zoals ook vermeld onder de procedure).

3 Het geschil

3.1. GSN vordert, na intrekking van haar incidentele vordering, zakelijk weergegeven:

1. de gunning aan ISS World in te trekken en zich te onthouden van het sluiten van een overeenkomst met ISS World ter zake van de opdracht;
2. de opdracht aan GSN te gunnen, althans de inschrijvingen opnieuw te beoordelen en een nieuwe gunningsbeslissing te nemen, althans de opdracht opnieuw aan te besteden;

3. voorwaardelijk, indien voormelde vorderingen niet worden toegewezen, de standstill-termijn met een maand na de datum van het vonnis te verlengen.

3.2. Daartoe voert GSN – samengevat – het volgende aan. De motivering van de gunningsbeslissing is ondeugdelijk. Die is ten onrechte gebaseerd op het onjuiste uitgangspunt dat GSN niet de laagste inschrijfprijs zou hebben, althans GSN heeft het gerechtvaardigde vermoeden dat de Staat de score van GSN op het onderdeel prijs niet heeft meegewogen. Dit is in strijd met het gelijkheidsbeginsel. Verder zijn in de brief van 7 november 2017 geheel nieuwe redenen aangevoerd voor de beslissing, zoals het uitsluitend hebben mogen gebruiken van een response form en het niet hebben mogen opnemen van informatie in een bijlage. Verder is als nieuwe reden aangevoerd dat de inschrijving op de eerste wens te algemeen en te weinig gespecificeerd zou zijn. Dit betreffen ontoelaatbare aanvullende motiveringen van de gunningsbeslissing, die niet kunnen dienen als grond voor puntenaftrek. De in de gunningsbrief van 14 september 2017 genoemde gronden hiervoor zijn evident onjuist, zoals betreffende het ontbreken van een bijlage en het niet omschreven zijn van de controlemogelijkheden. GSN had dan ook voor zowel wens 1 als 3 het volledige aantal punten moeten krijgen, hetgeen leidt tot een hogere totaalscore van GSN dan van ISS World.

3.3. De Staat voert gemotiveerd verweer, dat hierna, voor zover nodig, zal worden besproken.

4 De beoordeling van het geschil

4.1. De voorzieningenrechter stelt voorop dat door de brief van de Staat van 7 november 2017 als vermeld onder 2.8 de zaak inhoudelijk is gewijzigd ten opzichte van de situatie ten tijde van de dagvaarding. In de dagvaarding is GSN namelijk ingegaan op de door de Staat in zijn brief van 14 september 2017 gegeven – summier – motivering voor zijn voorlopige gunningsbeslissing. In de brief van 7 november 2017 is nieuwe informatie over deze beslissing aan GSN verstrekt. Een door de Staat gedane onjuiste mededeling ten aanzien van de prijs is in deze brief rechtgezet en hierin is een nadere toelichting gegeven over hoe bepaalde eerdere mededelingen van de Staat waren bedoeld en moeten worden begrepen. Partijen twisten over de vraag hoe het verstrekken van deze nieuwe informatie moet worden gekwalificeerd en of dit toelaatbaar kan worden geacht. Volgens GSN betreft het een ontoelaatbare aan-

vullende motivering. Volgens de Staat betreft het een toelaatbare nadere onderbouwing van de reeds gegeven motivering.

4.2. Welke kwalificatie aan het verstrekken van deze nieuwe informatie moet worden gegeven, is in dit geval echter niet relevant. Ook als het een aanvulling betreft met nieuwe redenen voor de afwijzing van GSN, kunnen die in dit geval in aanmerking worden genomen. De Staat kan worden gevolgd in zijn stelling dat het mogelijk moet zijn om, indien blijkt dat er misverstanden zijn ontstaan of fouten zijn gemaakt, deze op te helderen dan wel te herstellen. De weg die in een dergelijk geval gevolgd moet worden, is het intrekken van de gegeven beslissing en het nemen van een nieuwe beslissing, met vermelding daarbij van alle redenen voor die beslissing. Daartoe is de Staat weliswaar niet met zoveel woorden overgegaan, maar uit haar inhoudelijke mededelingen blijkt genoegzaam dat zij de opdracht nog steeds wil gunnen aan ISS World waartoe de in de brief van 7 november 2017 genoemde motivering redengevend is. Daarbij heeft de Staat aan GSN een nieuwe termijn van twintig dagen gegeven om bezwaar te maken tegen die beslissing. Van enig inhoudelijk verschil met de voorgeschreven handelwijze is dan ook geen sprake. Verder mag aangenomen worden dat een nieuwe beslissing geheel gelijklopend zal zijn, zoals de Staat ter zitting ook heeft verklaard. GSN heeft voorts ruimschoots de tijd gehad na de verzending van de brief van 7 november 2017 en vóór de zitting van 19 december 2017 om zich hierover te beraden. Er zijn dan ook geen gronden aanwezig om de nieuwe motivering als ontoelaatbaar buiten beschouwing te laten.

4.3. GSN heeft geen inhoudelijk verweer gevoerd tegen de door de Staat in zijn brief van 7 november 2017 genoemde redenen voor zijn beslissing, waaronder ten aanzien van de redenen voor het niet in aanmerking kunnen nemen van de door GSN bij de inschrijving gevoegde bijlage Bluebee. Verder heeft de Staat inmiddels verklaard dat GSN wel de laagste prijs heeft geboden (in het eerdere bericht was volgens hem per abuis het woord “not” blijven staan, dat voorkomt in het sjabloon van de gunningsbeslissing). Deze onderdelen behoeven dan ook geen verdere bespreking.

4.4. De voorzieningenrechter heeft in het licht van al het vorenstaande ter zitting aan GSN verzocht om aan te geven welke gronden uit de dagvaarding, waarin zij is ingegaan op de eerste summier-

motivering, nog handhaaft. GSN heeft daarop in zijn algemeenheid verklaard dat zij alle daarin vermelde stellingen handhaaft, voor zover deze inmiddels niet achterhaald zijn of zij ter zitting uitdrukkelijk een andersluidend standpunt heeft ingenomen. De voorzieningenrechter gaat er gelet hierop vanuit dat GSN haar stellingen heeft willen handhaven die hierna onder 4.5, 4.6 en 4.7 worden beoordeeld. Indien dit naar de mening van GSN niet juist is, heeft te gelden dat het op haar weg had gelegen om concreet aan te geven wat nog ter beoordeling voorlag en niet te volstaan met voormelde algemene aanduiding. Het nalaten hiervan komt voor haar rekening en risico.

4.5. De enkele verwijzing door GSN naar hetgeen zij in haar inschrijving heeft vermeld en haar stelling dat zij gelet daarop wél duidelijk heeft beschreven op welke wijze de kwaliteit en efficiëntcy van haar werkzaamheden kunnen worden gecontroleerd, is gezien het beoordelingskader van dit geding en de door de Staat gegeven toelichting, onvoldoende om uit te kunnen gaan van de juistheid van haar standpunt dat zij te weinig punten heeft gekregen. Aan de voorzieningenrechter komt slechts een beperkte toetsingsvrijheid toe wanneer het aankomt op de beoordeling van een kwalitatief criterium. Aan de aangewezen beoordelingscommissie, waarvan de deskundigheid in beginsel moet worden aangenomen, moet dienangaande de nodige vrijheid worden gegund, mede waar van een rechter niet kan worden verlangd dat deze specifieke deskundigheid bezit op het gebied van het onderwerp van de opdracht. Slechts wanneer sprake is van een onbegrijpelijke beoordeling, dan wel procedurele of inhoudelijke onjuistheden/onduidelijkheden, die zouden kunnen meebrengen dat de gunningsbeslissing niet deugt, is plaats voor ingrijpen door de rechter.

4.6. De Staat heeft toegelicht dat, verkort weergegeven, GSN slechts in zeer algemene termen heeft beschreven welke Key Performance Indicators zij voornemens is toe te passen. Zij geeft daarbij niet aan hoe ze deze KPI's hanteert en al evenmin hoe de resultaten van het toepassen van de KPI's worden gebruikt om de dienstverlening vervolgens te verbeteren, aldus de Staat. GSN heeft haar standpunt daartegenover onvoldoende onderbouwd. Daar komt bij dat GSN in haar inschrijving heeft verwezen naar haar bijlage "Bluebee" die de Staat niet in aanmerking heeft kunnen nemen.

4.7. Aan het standpunt van GSN dat de Staat de indruk heeft gewekt van vooringenomenheid en favoritisme wordt voorbij gegaan, nu GSN dit standpunt onvoldoende nader heeft onderbouwd. De enkele verwijzing naar een oorspronkelijke onjuiste mededeling van de Staat – die de Staat daarna heeft hersteld – en naar een ondoorzichtige handelwijze – hetgeen GSN niet nader heeft toegelicht – is hiervoor onvoldoende.

4.8. Voor toewijzing van de vorderingen sub 1 en 2 bestaat gezien het vorenstaande geen grond. Een (wettelijke) grondslag voor toewijzing van de vordering sub 3 ontbreekt eveneens. De vorderingen zullen daarom worden afgewezen. GSN zal, als de in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de kosten van dit geding.

5 De beslissing

De voorzieningenrechter:

5.1. wijst het gevorderde af;

5.2. veroordeelt GSN in de kosten van dit geding, tot dusverre aan de zijde van de Staat begroot op € 1.434,--, waarvan € 816,-- aan salaris advocaat en € 618,-- aan griffierecht.

51

Voorzieningenrechter Rechtbank
Midden-Nederland
24 januari 2018, nr. C/16/450095/KG ZA 17-845,
ECLI:NL:RBMNE:2018:296
(mr. Willems)

Level playing field. Heraanbesteding. Transparantie beoordelingsmethodiek. Rechtsverwerking. Best Value Procurement. Onderhandelingsfase.

Het Universitair Medisch Centrum Utrecht (hierna: het UMCU) heeft een Europese aanbestedingsprocedure uitgeschreven voor de aanschaf van een nieuwe laboratoriumstraat, het onderhoud aan de laboratoriumstraat en de levering van chemicaliën, disposables en verbruiksmaterialen. Het gaat hier om een mededingingsprocedure met onderhandeling met voorafgaande selectie, waarbij de principes van 'Best Value Procurement' zijn toegepast. Het UMCU heeft de opdracht onderverdeeld in drie percelen. Het gaat in deze procedure om perceel 1. Beckman Coulter Nederland B.V. (hierna: Beck-

man Coulter) heeft, samen met Siemens Healthcare Nederland B.V. (hierna: Siemens) en een aantal andere ondernemingen, ingeschreven op perceel 1 en is toegelaten tot de onderhandelfase.

Het UMCU heeft Beckman Coulter bij brief van 16 oktober 2017 meegedeeld dat er vier definitieve inschrijvingen zijn ingediend, dat Beckman Coulter als vierde in rangorde is geëindigd en dat zij voornemens is de opdracht voor perceel 1 aan Siemens te gunnen.

Rechtsverwerking

Beckman Coulter stelt in de eerste plaats dat sprake is geweest van oneigenlijke beïnvloeding tijdens het onderhandelings- en beoordelingsproces en dat er geen objectieve en transparante beoordeling heeft plaatsgevonden. Deze integriteitsschending kan volgens Beckman Coulter alleen worden opgelost door de aanbestedingsprocedure te staken en over te gaan tot een heraanbesteding. Het UMCU en Siemens doen een beroep op rechtsverwerking, omdat Beckman Coulter in de periode tussen het onderhandelingsgesprek en het ontvangen van de voorlopige gunningsbeslissing niet heeft geklaagd over hetgeen is gezegd tijdens het onderhandelingsgesprek. Voorts betwisten zij dat sprake is geweest van een integriteitsschending en stellen zij zich op het standpunt dat Beckman Coulter haar beschuldigingen niet heeft onderbouwd.

Het beroep van het UMCU op rechtsverwerking slaagt. Indien er in het onderhandelingsgesprek op 9 juni 2017 van de zijde van het UMCU inderdaad dingen zouden zijn gezegd die een ernstige integriteitsschending opleveren (van de kant van Beckman Coulter zijn in dit verband zelfs de kwalificaties omkoping, corruptie en fraude gebruikt), dan lag het op de weg van Beckman Coulter om hierover direct na dit gesprek een klacht in te dienen bij het UMCU. Beckman Coulter heeft dit echter niet gedaan.

Beckman Coulter stelt dat zij eerst de bandopname wilde afluisteren alvorens bij UMCU verhaal te halen maar dat het UMCU die bandopname niet voortvarend heeft verstrekt. UMCU heeft dit laatste weersproken, stellende dat de bandopname is verstrekt toen daarom werd verzocht. Beckman Coulter heeft haar stelling dat zij het UMCU herhaaldelijk om de bandopname van het gesprek heeft moeten vragen vervolgens niet onderbouwd of ook maar geconcretiseerd, zodat er geen aanleiding is om aan te nemen dat UMCU een verwijt kan worden gemaakt van de late reactie van Beckman Coulter op de gang van zaken tijdens het onderhandelingsgesprek. Dat Beckman Coulter vond

dat sprake was van een dusdanig ernstige integriteitsschending dat de aanbestedingsprocedure diende te worden gestaakt heeft zij niet kenbaar gemaakt, totdat de voorlopige gunningsbeslissing bekend werd gemaakt. Integendeel, Beckman Coulter heeft een paar dagen na dit telefoongesprek een definitieve inschrijving gedaan. Het UMCU hoefde er gelet hierop geen rekening mee te houden dat Beckman Coulter na ontvangst van de voorlopige gunningsbeslissing om deze reden staking van de aanbestedingsprocedure zou vorderen.

Ernstige integriteitsschending

Beckman Coulter heeft haar verwijt dat sprake is geweest van een ernstige integriteitsschending bovendien onvoldoende onderbouwd. Voorop staat dat uit de aanbestedingsleidraad blijkt dat de onderhandelingsfase is bedoeld om te bereiken dat de definitieve inschrijvingen volledig passen bij de doelstellingen en de behoeften van het UMCU. Dat het UMCU in het, volledig aan het voorstel Data Analyse Innovaties gewijde, onderhandelingsgesprek te kennen geeft wat op dat vlak de behoeften en doelstellingen zijn, is dan ook te verwachten, zeker als de voorliggende bieding in de ogen van UMCU nog voor verbetering vatbaar is. Uit de transcriptie van de bandopname van het onderhandelingsgesprek kan weliswaar worden afgeleid dat een stevig gesprek is gevoerd, maar uit de transcriptie blijkt op geen enkele wijze dat gezegd of gesuggereerd is dat Beckman Coulter voor het verkrijgen van de opdracht met extra middelen over de brug zou moeten komen of dat Beckman Coulter onder druk is gezet om buiten de scope van de aanbesteding om extra prestaties te leveren om voor gunning van de opdracht in aanmerking te komen. Beckman Coulter heeft desgevraagd ter zitting gezegd dat dit haar interpretatie van het gezegde is, maar voor de conclusie dat en waarom die interpretatie juist is, heeft zij geen nadere aanknopingspunten geboden.

Niet aannemelijk is geworden dat er sprake is geweest van een integriteitsschending. Er is dus niet gebleken dat de aanbestedingsprocedure op deze grond moet worden gestaakt en dat de opdracht opnieuw moet worden aanbesteed, daargelaten het te late klagen daarover.

Level playing field

Beckman Coulter stelt in de tweede plaats dat met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid vaststaat dat de overige inschrijvers bij de uitvoering van de opdracht niet aan de eisen 1.1.5, 1.1.8 en 1.1.13 van het Programma van Eisen (PvE) zul-

len kunnen voldoen. Het UMCU heeft hiermee een aanbestedingsprocedure georganiseerd waarvan tevoren voorzien had kunnen worden dat er slechts sprake zou zijn van één bedrijf dat succesvol zou kunnen meedingen naar de opdracht, te weten Beckman Coulter. Er is daardoor geen sprake geweest van een level playing field, hetgeen volgens Beckman Coulter tot staking van de aanbestedingsprocedure en heraanbesteding dient te leiden.

Beckman Coulter heeft in de dagvaarding uiterst summier en ter zitting iets uitgebreider toegelicht waarom zij meent dat de andere inschrijvers niet aan de eisen 1.1.5, 1.1.8 en 1.1.13 kunnen voldoen. Zij heeft dit in de kern genomen gebaseerd op niet onderbouwde aannames van de – van haar eigen werkwijze afwijkende – algemene wijze van werken van haar concurrenten met betrekking tot de volumemeting van laboratoriummonsters, het ontbreken van gevalideerde centrifugesystemen en de doorlooptijden van de verwerking. UMCU en Siemens hebben, voor zover daartoe in staat op grond van de stellingen die Beckman Coulter ter zitting innam, dit betoog gemotiveerd betwist. Het UMCU heeft met betrekking tot de voorlopige gunning aan Siemens voorts voldoende onderbouwd dat zij op basis van de gesprekken die zij met Siemens heeft gevoerd en de nadere schriftelijke toelichting die Siemens heeft gegeven, de overtuiging heeft dat Siemens aan deze eisen kan voldoen. Aldus kan thans niet worden geconcludeerd dat op voorhand al vast stond dat geen van de overige inschrijvers aan de bedoelde eisen zou kunnen voldoen, of dat UMCU gegronde redenen had om dat ernstig te betwijfelen.

Dat UMCU een onmogelijke aanbesteding heeft uitgeschreven waarvan op voorhand vast stond dat van een level playing field geen sprake kon zijn, is dus niet gebleken.

Conclusie

Gezien het voorgaande zullen de vorderingen van Beckman Coulter worden afgewezen.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

BECKMAN COULTER NEDERLAND B.V.,

statutair gevestigd te Woerden,

eiseres in de hoofdzaak,

verweerster in het incident tot tussenkomst en subsidiair tot voeging,

advocaat mr. A.L. Appelman te Zwolle,

tegen

de publiekrechtelijke rechtspersoon

UNIVERSITAIR MEDISCH CENTRUM

UTRECHT,

zetelend te Utrecht,

gedaagde in de hoofdzaak,

verweerster in het incident tot tussenkomst en subsidiair tot voeging,

advocaten mr. W.J.W. Engelhart en mr. A.C.M.

Kusters te Utrecht,

in welke zaak wenst tussen te komen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

SIEMENS HEALTHCARE NEDERLAND B.V.,

gevestigd te 's-Gravenhage,

verzoekster in het incident tot tussenkomst en subsidiair tot voeging,

advocaat mr. drs. M.W.J. Jongmans.

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

Commissie van Aanbestedingsexperts

52

Commissie van Aanbestedingsexperts

3 november 2017, Advies 419

(n.v.t.)

Noot mr. B.J.H. Blaisse-Verkooyen en mr. J.V. Dijkman

Enkelvoudig onderhandse gunning. Sociale en andere specifieke diensten. Drempelbedrag. Reflexwerking Gids Proportionaliteit. Objectieve criteria.

[Aanbestedingswet 2012 art. 1.4, 1.6, 2.6a]

Beklaagde heeft in januari 2017 een overheidsopdracht voor diensten voor de begeleiding en ondersteuning van de organisatie van kermissen enkelvoudig onderhands aan X gegund. Op deze opdracht is de ten tijde van de opdrachtverlening geldende Aw 2012 van toepassing.

Klager stelt dat er ten onrechte enkelvoudig onderhands is gegund en niet in concurrentie is aanbesteed.

Toetsingskader

De Commissie constateert dat deze overheidsopdracht 'specifieke diensten' betreft in de zin van artikel 2.6a Aw 2012 en Bijlage XIV van Richtlijn 2014/24/EU.

Op basis van artikel 2.6a Aw 2012 jo. artikel 4, onderdeel d, Richtlijn 2014/24/EU bedraagt de drempelwaarde voor 'specifieke diensten' € 750.000. Voor dergelijke diensten is een hogere drempelwaarde vastgesteld dan voor reguliere diensten vanwege de 'beperkte grensoverschrijdende dimensie' van deze diensten. Klager heeft een berekening van de waarde van de aan X gegunde opdracht gemaakt die uitkomt op een bedrag van € 180.000 en heeft aangegeven het niet onwaarschijnlijk te achten dat de EU-drempelwaarde wordt overschreden. In het licht van haar berekening acht de Commissie het aannemelijk dat klager daarbij doelt op de EU-drempelwaarde voor reguliere diensten op basis van artikel 2.3 Aw 2012 jo. artikel 4, onderdeel c, Richtlijn 2014/24/EU, zoals gewijzigd door Verordening 2015/2170, ter hoogte van € 209.000. Indien klager meent dat ook de drempelwaarde

van € 750.000 wordt overschreden, heeft zij dat onvoldoende onderbouwd. De Commissie neemt voorshands aan dat deel 2 van de Aanbestedingswet 2012 niet op deze opdracht van toepassing is. De Commissie neemt tot uitgangspunt dat van een duidelijk grensoverschrijdend belang geen sprake is. Dat betekent dat op deze opdracht afdeling 1.2.1 van deel 1 van de ten tijde van de opdrachtverlening geldende Aw 2012 van toepassing is.

Dit brengt met zich mee dat beklaagde ten tijde van de gunning van de onderhavige opdracht aan X de bepalingen van afdeling 1.2.2 en deel 2 van de Aanbestedingswet 2012 weliswaar niet in acht behoefde te nemen, maar wel het bepaalde in art. 1.4, lid 1, onder a en b, jo. art. 1.4, lid 3, Aw. Deze bepalingen houden allereerst in dat beklaagde de keuze voor de enkelvoudig onderhandse gunning en de keuze van de gunning van de opdracht aan X, op basis van objectieve criteria diende te bepalen. In de tweede plaats houden deze bepalingen in dat beklaagde die keuze op verzoek van klager diende te motiveren.

Bij de keuze van de aanbestedingsprocedure dient beklaagde tevens rekening te houden met artikel 1.6 Aw 2012 op grond waarvan zij voor een zo groot mogelijke beperking van de met de totstandkoming van de overeenkomst en daaruit voortvloeiende administratieve lasten dient zorg te dragen. In het kader van de vraag of artikel 1.4, lid 1, sub a, Aw 2012 is nageleefd, komt naar het oordeel van de Commissie bij de beantwoording van de vraag wat als objectieve criteria in de zin van artikel 1.4, lid 1, sub a, Aw 2012 kunnen worden aangemerkt reflexwerking toe aan de inhoud van de Gids Proportionaliteit. Daarvoor pleit dat de Gids aanwijzingen geeft voor de beantwoording van de vraag welke aanbestedingsprocedure in welke situatie geschikt en proportioneel is en de Gids zich daarbij niet beperkt tot opdrachten met een waarde boven de Europese drempelbedragen.

Motivering voor enkelvoudig onderhandse gunning

Naar het oordeel van de Commissie heeft beklaagde met de brief van 12 april 2017 haar keuzes voor de aanbestedingsprocedure en de ondernemer overeenkomstig artikel 1.4, lid 3, Aw 2012 gemotiveerd.

Vervolgvraag is of de gegeven motivering op basis van artikel 1.4, lid 1, sub a en b, Aw 2012 de gemaakte keuze voor de enkelvoudig onderhandse gunning van de opdracht aan X kan dragen.

Met klager is de Commissie van oordeel dat de goede ervaring die beklaagde heeft met X niet als objectief criterium kan worden aangemerkt. Hetzelf-

de geldt voor het argument dat X niet op enige wijze is verbonden met de exploitatie van kermis-attracties ('onafhankelijkheidsaspect'). Beklaagde heeft niet gesteld dat X de enige is voor wie dat geldt.

Dan blijft over dat beklagde als aspecten aanvoert dat sprake is van 'specifieke diensten' in de zin van artikel 6a Aw 2012, de geringe waarde van de opdracht en de hogere transactiekosten bij concurrentiestelling.

Naast het 'onafhankelijkheidsaspect' heeft beklagde echter geen aspecten genoemd die verband houden met de kwaliteit van de uitvoering van de opdracht en die zij om die reden heeft betrokken in haar afweging die heeft geleid tot een enkelvoudig onderhandse gunning van de opdracht aan X. Daarmee heeft beklagde onvoldoende onderbouwd dat concurrentiestelling tot 'hogere transactiekosten' zou leiden en dat deze niet in verhouding zouden staan tot de geringe waarde van de opdracht.

Evenmin heeft beklagde toegelicht waarom de aard van de onderhavige 'specifieke diensten' in de zin van artikel 2.6a Aw 2012, de begeleiding en ondersteuning van de organisatie van kermissen, en de eventuele bijzondere belangen die daarbij een rol spelen tot een enkelvoudig onderhandse gunning aan X zouden nopen.

Alles afwegende is de Commissie van oordeel dat de motivering van beklagde haar beslissing om de opdracht enkelvoudig onderhands aan X te gunnen niet kan dragen.

Advies

De Commissie acht de klacht gegrond.

Leden van de Commissie van Aanbestedingsexperts: mr. C.E.C. Jansen, mr. T.H. Chen

Het volledige advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts is te raadplegen op www.commissievanaanbestedingsexperts.nl

NOOT

Motivering enkelvoudig onderhandse gunning van een 'specifieke dienst'

In Advies 419 laat de Commissie zich uit over het (wettelijk) kader dat van toepassing is bij de enkelvoudig onderhandse opdrachtverlening van een 'specifieke dienst' zoals bedoeld in art. 2.38 Aw 2012. Klager stelt zich op het standpunt

dat een gemeente, die een opdracht voor de begeleiding van de organisatie van kermissen met een waarde van ca EUR 75.000,- enkelvoudig onderhands gunt, onrechtmatig handelt. De discussie spitst zich in de eerste plaats toe op de toepasselijkheid van de Gids Proportionaliteit en in de tweede plaats op de motivering die de gemeente aan de onderhandse gunning ten grondslag heeft gelegd.

In de Aw 2012 is expliciet bepaald dat het proportionaliteitsbeginsel, waaraan nader invulling wordt gegeven in de Gids Proportionaliteit, geldt voor Europese en nationale aanbestedingen en bij meervoudig onderhandse procedures. Bij enkelvoudig onderhandse gunning gelden het proportionaliteitsbeginsel en de Gids Proportionaliteit niet, althans dat volgt niet uit de wet. Uit de tekst van de Gids Proportionaliteit zelf daarentegen, in het bijzonder uit Voorschrift 3.4A, blijkt dat de Gids ook handvatten bevat om te bepalen of het gebruik van de enkelvoudig onderhandse procedure geschikt en proportioneel is. In de kleurenbalken op pagina 31 en 32 van de Gids en de toelichting op pagina 30 wordt vermeld bij welke opdrachtwaarde (bandbreedte) het gebruik van de enkelvoudig onderhandse procedure proportioneel wordt geacht.

De Commissie leidt hieruit af dat reflexwerking toekomt aan de inhoud van de Gids Proportionaliteit bij de beantwoording van de vraag wat als objectieve criteria kunnen worden aangemerkt bij de keuze voor een bepaalde aanbestedingsprocedure. Als de Commissie met 'reflexwerking' bedoelt dat de Gids Proportionaliteit aanknopingspunten biedt voor de beoordeling van de objectiviteit van de gehanteerde criteria en niet het onverkort toepassen van de Gids Proportionaliteit, dan lijkt ons dat een praktische en goed werkbare constatering. Zoals A.J. van Heeswijk constateert is het onderscheid tussen objectiviteit in de zin van art. 1.4 lid 1 sub a en proportionaliteit met betrekking tot de keuze van de procedure, niet altijd even helder en kunnen deze begrippen elkaar overlappen.¹ Deze over-

1 A.J. van Heeswijk, Enige beschouwingen over de keuze van de procedure en de selectie van ondernemers voor deelname aan de procedure, TBR 2014/75, par. 5.

lapping rechtvaardigt onzes inziens het toekennen van reflexwerking aan de Gids Proportionaliteit in de zin als hiervoor bedoeld, ondanks dat het proportionaliteitsbeginsel volgens de wet niet geldt bij enkelvoudige onderhandse gunning.

In voetnoot 7, op pagina 31 van de Gids Proportionaliteit onderaan de kleurenbalken, staat vermeld dat voor concessieopdrachten en opdrachten die worden verstrekt door speciale-sectorbedrijven mutatis mutandis bij de bedragen in de balkjes kan worden aangesloten. Dit wordt echter niet expliciet vermeld t.a.v. 'speciale diensten'. Uit Advies 419 volgt dat de Commissie meent dat de bedragen desalniettemin 'naar rato' kunnen worden toegepast.² Het is onze ervaring dat dat in de praktijk ook zo wordt gedaan, dus het lijkt ons een goede zaak dat de Commissie in dit Advies nu bevestigt dat dat wat haar betreft juist is.

Het naar rato toepassen van de brandbreedtes uit de Gids Proportionaliteit betekent dat de geraamde waarde van de onderhavige opdracht ruim beneden de bagatel-grens ligt. Dat neemt echter niet weg dat de gemeente op grond van art. 1.4 Aw op basis van objectieve criteria zowel haar keuze voor toepassing van de enkelvoudig onderhandse procedure als haar keuze voor de bewuste dienstverlener dient te bepalen. Deze dubbele objectiviteitstoets, die op verzoek van een derde schriftelijk moet kunnen worden gemotiveerd, heeft tot doel favoritisme tegen te gaan.

De Commissie oordeelt dat de motivering van de gemeente de beslissing tot onderhandse gunning niet kan dragen. In het bijzonder overweegt de Commissie dat het feit dat de gemeente goede ervaring heeft met de gekozen ondernemer niet als een objectief criterium kan worden aangemerkt. Daar zijn wij het mee eens. Het zou dan immers al te gemakkelijk worden om bestaande contracten te verlengen zonder de markt te openen voor concurrentie. Weliswaar

wordt in de wetsgeschiedenis als objectief criterium 'ervaring in de desbetreffende sector' genoemd, maar daarmee lijkt ons niet te worden bedoeld dat een aanbesteder kan volstaan met de vermelding dat hij zelf een goede ervaring met de bewuste ondernemer heeft gehad.³ Bovendien heeft de wetgever met het hanteren van objectieve criteria bij de keuze voor inschrijvers juist willen bewerkstelligen '*dat bij onderhandse procedures niet alleen dezelfde ondernemers aan bod komen*'.⁴

Hoewel ervaring in de desbetreffende sector in sommige gevallen mogelijk kan worden afgeleid uit de eigen ervaring, maakt dat het criterium nog niet objectief. Daar is onzes inziens meer voor nodig, bijvoorbeeld 'ervaringen van derden' c.q. referenties. Van de overheidsrechter zijn ons ook geen gevallen bekend waarin de 'eigen ervaring' alleen als voldoende objectief criterium werd aangenomen. Een uitspraak van voorzieningenrechter van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant uit 2016 komt daar wel bij in de buurt, maar naast de eigen ervaring worden in deze uitspraak ook de ervaring en referenties van de inschrijvers genoemd.⁵ Uit laatstgenoemde uitspraak blijkt onzes inziens derhalve niet, althans niet met zoveel woorden, dat de 'eigen ervaring' het objectieve criterium is waaraan gerechtvaardigd getoetst mocht worden of dat de 'ervaring in de desbetreffende sector' dat was.

Een ander element uit de motivering van de gemeente, dat wordt verworpen door de Commissie, betreft het 'onafhankelijkheidsaspect'. De gemeente heeft bij haar keuze mee laten spelen dat de gekozen ondernemer niet op enige wijze is verbonden met de exploitatie van kernisattracties, terwijl uit verkennend marktonderzoek was gebleken dat dat bij andere partijen wel het geval was. De Commissie is niet overtuigd, omdat de gemeente niet heeft gesteld dat de gekozen ondernemer *de enige* is voor wie dat geldt. Met dit onderdeel van het Advies zijn wij het in mindere mate eens. Uit artikel 1.4 Aw volgt immers niet dat de aanbestedende dienst

2 Zie overweging 6.2.4, waarin de Commissie terugverwijst naar het standpunt van beklagde in overweging 5.2.6.

3 Kamerstukken 32 440, nr. 11, p. 16.

4 Kamerstukken 32 440, nr. 11, p. 11.

5 Kamerstukken 32 440, nr. 11, p. 11.

moet motiveren waarom hij niet heeft gekozen voor een andere ondernemer. Uit de motivering moet blijken op basis van welke criteria is gekozen voor de bewuste ondernemer.

Wij achten het niet goed denkbaar dat de wetgever in het kader van de objectieve criteria die in de wetsgeschiedenis worden genoemd (ervaring in de betreffende sector, omvang en infrastructuur van de onderneming, technische en professionele vaardigheden)⁶ heeft bedoeld dat een aanbestedende dienst steeds moet kunnen aantonen dat de gekozen ondernemer de enige is die over de kwaliteiten die van belang worden geacht beschikt. Dat zou een hele zoektocht worden en dat is nou net wat de wetgever niet heeft beoogd met de mogelijkheid van enkelvoudig onderhandse gunning. In het kader van de lastenverlichting, zoals bedoeld in art. 1.6 Aw, is het immers de bedoeling dat bij opdrachten met een beperkte waarde juist geen hoge voorbereidingskosten worden gemaakt.

De Commissie overweegt in de slotalinea van haar Advies dat zij niet uitsluit dat de onderhandse gunning in het onderhavige geval wel zou kunnen worden gerechtvaardigd. Dat kan volgens de Commissie het geval zijn indien de kosten van het hanteren van door de gemeente vereiste of gewenste kwaliteitsaspecten zodanig zijn dat de transactiekosten niet meer in verhouding staan tot de waarde van de opdracht. Ook de aard van de opdracht en daarmee gemoede belangen kunnen in dat kader een rol spelen, aldus de Commissie.

Conclusie en een enkele vuistregel voor de praktijk

Concrete en bruikbare handvatten in het kader van de beoordeling of onderhandse gunning in een concreet geval toelaatbaar is, worden naar onze mening in dit Advies niet gegeven. Wel is duidelijk dat de Commissie bij de beoordeling daarvan de inhoud van de Gids Proportionaliteit middels 'reflexwerking' betreft. Blijkbaar is het verder van belang dat in de motivering van de beslissing wordt ingegaan op de kwaliteit van

de uitvoering van de opdracht.⁷ Uit het Advies lijkt echter te volgen dat de Commissie meent dat de aanbestedende dienst in kwestie zal moeten kunnen aantonen dat de gekozen ondernemer de enige is die de benodigde kwaliteit kan leveren. Dat lijkt ons niet de bedoeling van de wetgever.

Vuistregel die uit het Advies te destilleren valt, is dat de bedragen in de balkjes op pagina 31 van de Gids Proportionaliteit in het kader van opdrachten voor 'sociale en andere specifieke diensten' naar rato kunnen worden gebruikt.

B.J.H. Blaisse-Verkooyen,
advocaat bij Pot Jonker

J.V. Dijkman,
advocaat bij Pot Jonker

53

Commissie van Aanbestedingsexperts
30 november 2017, Advies 420
(n.v.t.)

Transparantie gunningscriteria. Rechtsverwerking. Behandeling klacht door Commissie.

[Aanbestedingswet 2012 art. 1.9; Reglement Commissie van Aanbestedingsexperts art. 8 lid 3, 9 lid 1]

Beklaagde heeft op 12 oktober 2016 een Europese openbare procedure aangekondigd voor een raamovereenkomst met twee opdrachtnemers voor het uitvoeren van uitvaartdiensten van gemeentewege.

Rechtsverwerking

De Commissie zal zich allereerst uitlaten over de vraag of zij de klacht in behandeling kan nemen. In dat kader zal zij eerst onderzoeken of klager voldoende proactief heeft gehandeld. Nu pas na de mededeling van de gunningsbeslissing is gebleken dat het mogelijk is de aanbestedingsstukken op verschillende manieren uit te leggen en er in beginsel ook overigens wat te zeggen valt voor het

6 Kamerstukken 32 440, nr. 11, p. 16.

7 Zie alinea 6.5.5. van het Advies.

standpunt van klager dat de ligdagen bij andere uitvaartondernemingen niet voor haar rekening komen (zie hierna), kan naar het oordeel van de Commissie niet worden geoordeeld dat klager voormelde verplichting had moeten naleven. In zoverre kan de Commissie de klacht dan ook in behandeling nemen.

In behandeling nemen klacht

Op grond van artikel 8, lid 3, van het Reglement van de Commissie dient een klager eventuele voorschriften omtrent het indienen van een klacht die in de aanbestedingsstukken zijn opgenomen na te leven. Voor zover die voorschriften de mogelijkheid voor klager beperken om bij beklagde een klacht in te dienen, blijft het bepaalde in het Reglement onverkort van toepassing. Op grond van artikel 9, lid 1, aanhef en sub a van haar Reglement neemt de Commissie een klacht niet in behandeling indien de klager de klacht niet eerst schriftelijk aan de beklagde kenbaar heeft gemaakt.

In knock-out eis 1.7.1 in paragraaf 1.1 van de Aanbestedingsleidraad is bepaald dat een klacht met betrekking tot de aanbestedingsprocedure in eerste instantie via Negometrix aan beklagde kenbaar moet worden gemaakt. Beklaagde zal deze klacht behandelen en de klagende inschrijver hierover informeren. Indien de klagende inschrijver ook daarna van mening blijft dat de klacht gegrond is, kan hij zich bij een klachtencommissie melden.

Hoewel klager met de brief van haar advocaat van 12 juni 2017 uitdrukkelijk bezwaar heeft gemaakt tegen intrekking van de gunningsbeslissing, werpt beklagde klager voor de voeten, in weerwil van artikel 8 lid 3 van het Reglement van de Commissie, niet ook nog een klacht te hebben ingediend bij de aangewezen instantie in de aanbestedingsstukken (bedoeld zal zijn de klachtencommissie). Naar het oordeel van de Commissie wordt hiermee een ongeoorloofde drempel opgeworpen die inschrijvers te sterk belemmert in de zin van artikel 8, lid 3 van haar Reglement om hun klachten aan de Commissie voor te leggen. Het Reglement van de Commissie schrijft in artikel 9, lid 1, sub a slechts voor dat de klager de klacht eerst schriftelijk bij de beklagde kenbaar maakt. Aan die eis heeft klager voldaan.

De Commissie neemt de klacht dan ook in behandeling.

Transparantie knock-out eis

Bij de vraag of beklagde aan haar transparantieverplichting heeft voldaan gaat het in het bijzonder om de kosten met betrekking tot ligdagen bij een andere uitvaartondernemer.

Met knock-out eis 1.3.1 lijkt beklagde te willen uitsluiten dat de beoogde opdrachtnemer naast de gevraagde 'all-in prijs' meerkosten in rekening kan brengen. De ligdagen bij een andere uitvaartondernemer lijken in dat opzicht een vreemde eend in de bijt. Dit zijn kosten die normaal gesproken niet door de opdrachtnemer worden gemaakt: hij heeft immers geen opdracht aan de andere uitvaartondernemer gegeven. Die kosten zal de opdrachtnemer normaal gesproken dan ook niet bij beklagde in rekening brengen. Enerzijds zou knock-out eis 1.3.1 dan ook zo kunnen worden gelezen dat beklagde met die eis heeft willen voorkomen dat de opdrachtnemer (onverplicht) tot betaling van de kosten van ligdagen bij een andere uitvaartondernemer zal overgaan en deze vervolgens bij beklagde in rekening zal brengen.

Anderzijds zou knock-out eis 1.3.1 zo kunnen worden gelezen dat beklagde wil bewerkstelligen dat de opdrachtnemer de kosten van ligdagen bij een andere uitvaartondernemer rechtstreeks aan die andere ondernemer vergoedt en de kosten vervolgens – als onderdeel van de aan beklagde aangeboden all-in-prijs – voor zijn rekening neemt.

De Commissie is van oordeel dat, nu voor beide interpretaties van knock-out eis 1.3.1 in beginsel wat te zeggen valt, beklagde de aanbestedingsstukken niet zodanig heeft geformuleerd dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers deze op dezelfde wijze zullen uitleggen. Dat betekent dat beklagde heeft gehandeld in strijd met haar transparantieverplichting zoals bedoeld in art. 1.9 Aw 2012 en dat de klacht gegrond is.

De Commissie overweegt ten overvloede dat beklagde expliciet in de aanbestedingsstukken had moeten opnemen dat de opdrachtnemer de kosten van ligdagen bij een andere uitvaartonderneming voor zijn rekening zal moeten nemen (hetgeen iets anders is dan het niet in rekening mogen brengen van deze kosten), als zij dat doel had willen bereiken.

Advies

De Commissie acht de klacht gegrond.

Leden van de Commissie van Aanbestedingsexperts: mr. C.E.C. Jansen, mr. T.H. Chen

Het volledige advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts is te raadplegen op www.commissievanaanbestedingsexperts.nl

54

Commissie van Aanbestedingsexperts
18 december 2017, Advies 444
(n.v.t.)

Transparantiebeginsel. Gelijkheidsbeginsel. Level playing field. Onvoldoende informatie voor inschrijving. Transparantie gunningscriteria. Rechtsverwerking. Proportionaliteit contractvoorwaarden.

[Aanbestedingswet 2012 art. 1.8, 1.9; Gids Proportionaliteit Voorschrift 3.9 A, Voorschrift 3.9 D]

Beklaagde heeft op 1 september 2017 een Europese niet-openbare procedure aangekondigd voor een overheidsopdracht voor architectendiensten voor nieuwbouw en inbreiding van een schoolgebouw.

Onduidelijke omschrijving opdracht

De Commissie is van oordeel dat beklagde geen duidelijke omschrijving van de opdracht heeft gegeven. Ook naar aanleiding van vragen van potentiële gegadigden en inschrijvers heeft beklagde niet duidelijk gemaakt of de opdracht alleen betrekking heeft op het bouwkundig/architectonisch ontwerp of op een 'total engineering'-opdracht met alle technische disciplines. Als gevolg van de onduidelijkheid over de inhoud van de opdracht heeft beklagde voor de inschrijvers bovendien geen gelijk speelveld gecreëerd. Het voorgaande betekent dat beklagde in strijd met de beginselen van transparantie en gelijke behandeling van artikel 1.9 respectievelijk 1.8 Aw 2012 heeft gehandeld. Daarmee is klachtonderdeel 1 gegrond.

Transparantie prijs criterium

De Commissie is van oordeel dat het prijs criterium onvoldoende transparant is doordat de bouwkosten nog niet vastliggen en beklagde als prijs criterium om een percentage van de bouwkosten heeft gevraagd. In de Nota's van inlichtingen heeft beklagde slechts een schatting van de kosten gegeven, nog daargelaten dat zij het document van Y met de onderbouwing van de bouwkosten met de volgende begeleidende tekst heeft verstrekt: 'Dit is wel een voorstel/grove schatting en voor ons geen leidraad aangezien wij een aantal zaken in eigen beheer gaan doen.' Met het voorgaande heeft beklagde bovendien opnieuw geen gelijk speelveld voor de inschrijvers gecreëerd. Een en

ander betekent dat beklagde in strijd met de beginselen van transparantie en gelijke behandeling van artikel 1.9 respectievelijk 1.8 Aw 2012 heeft gehandeld. Daarmee is ook klachtonderdeel 2 gegrond.

Het vereiste schetsontwerp en de vergoeding daarvoor

De Commissie zal allereerst onderzoeken of klager klachtonderdeel 3 tijdig bij beklagde onder de aandacht heeft gebracht. Klager is weliswaar zelf geen (potentiële) inschrijver, maar behartigt de belangen van potentiële inschrijvers. Voor de brancheorganisatie geldt een afgeleide klachtplicht. Niet is vereist dat eventuele vragen of klachten tijdens de aanbestedingsprocedure door de brancheorganisatie zelf zijn ingediend. Als gevolg van de door A ingediende klacht is beklagde op de hoogte geraakt van bezwaren van potentiële inschrijvers tegen de geboden ontwerpvergoeding en is aan de afgeleide klachtplicht van klager voldaan. Daarmee komt de Commissie toe aan de inhoudelijke behandeling van de klacht.

Naar het oordeel van de Commissie heeft beklagde er goed aan gedaan om het vereiste van een voorlopig ontwerp naar aanleiding van vragen te laten varen. In plaats daarvan heeft beklagde gevraagd om een schetsontwerp. Beklaagde heeft echter nagelaten te omschrijven wat zij onder een schetsontwerp verstaat. Bovendien is het eerste gunningscriterium 'voorlopig ontwerp' ongewijzigd gebleven. De elementen 'Fasering en logistiek' en 'Realiseren duurzaamheidsambitie' lijken niet in een schetsontwerp thuis te horen. Door deze kwalitatieve subgunningscriteria te handhaven, worden de inschrijvers er toch toe aangezet meer dan een schetsontwerp in te dienen. Voor zover het klachtonderdeel inhoudt dat het vereiste van het schetsontwerp onvoldoende transparant is, is het naar het oordeel van de Commissie gegrond. Bovendien heeft beklagde daardoor geen gelijk speelveld voor de inschrijvers gecreëerd.

Daarmee is klachtonderdeel 3 gegrond, voor zover erover is geklaagd dat het vereiste van het schetsontwerp onvoldoende transparant is. De Commissie waardeert het dat beklagde een ontwerpvergoeding aan de inschrijvers toekent. Ook indien slechts om een schetsontwerp wordt gevraagd, komt de vergoeding de Commissie echter aan de lage kant voor. Nu dit klachtonderdeel reeds gegrond is, laat de Commissie het bij deze opmerking.

Toelaatbaarheid vrijwaringsbepaling

Klager stelt dat de vrijwaringsbepaling van artikel 6.2 van de conceptovereenkomst ongelimiteerd is en dat beklagde daarmee Voorschrift 3.9 D Gids Proportionaliteit niet in acht neemt.

Van ongelimiteerde aansprakelijkheid in de zin van Voorschrift 3.9 D, lid 1, Gids Proportionaliteit is echter geen sprake. Naar het oordeel van de Commissie is de aansprakelijkheid voor schade van derden op drie manieren gelimiteerd. In de eerste plaats is die aansprakelijkheid gelimiteerd tot een bedrag van € 3.000.000 per jaar, waarmee geen sprake is van ongelimiteerde aansprakelijkheid in de zin van Voorschrift 3.9 D, lid 1, Gids Proportionaliteit. Ten tweede is die aansprakelijkheid beperkt tot schade toegebracht door schuld, opzet of grove nalatigheid van opdrachtnemer en ten slotte is de aansprakelijkheid voor schade van derden beperkt tot situaties waarin er geen sprake is van opzet of grove schuld van beklagde. Deze laatste twee beperkingen zien op de vestiging van aansprakelijkheid in de zin van Voorschrift 3.9 A Gids Proportionaliteit. Daarmee acht de Commissie klachtonderdeel 4 ongegrond.

Auteursrechtbepaling

De Commissie zal allereerst onderzoeken of klager klachtonderdeel 5 tijdig bij beklagde onder de aandacht heeft gebracht. Door pas op 6 november 2017 een klacht over de auteursrechtbepaling van paragraaf 3.1 van de Inschrijvingsleidraad bij beklagde in te dienen, heeft klager de (afgeleide) klachtverplichting naar het oordeel van de Commissie niet nageleefd. Klachtonderdeel 5 is derhalve ongegrond.

Ten overvloede gaat de Commissie inhoudelijk op het klachtonderdeel in. Anders dan klager veronderstelt, richt deze eis zich naar het oordeel van de Commissie slechts op de inschrijver die de opdracht gegund krijgt. Naar het oordeel van de Commissie is de eis niet transparant. Zoals uit de literatuur blijkt is niet duidelijk wat is bedoeld met 'afstand doen' van het auteursrecht en welke rechtsgevolgen daarmee zijn beoogd. Voor zover beklagde met de gestelde eis de overdracht van een auteursrecht of de verlening van een licentie heeft willen bewerkstelligen, heeft zij dat niet duidelijk tot uitdrukking gebracht zodat onvoldoende transparant is welk rechtsgevolg uit deze eis voortvloeit.

Nu de eis betreffende het auteursrecht naar het oordeel van de Commissie onvoldoende transparant is, komt de Commissie niet meer toe aan de vraag of de eis in strijd is met het proportionaliteitsbeginsel.

Advies

De Commissie acht de klachtonderdelen 1, 2 en 3, voor zover daarin is geklaagd dat het vereiste van het schetsontwerp onvoldoende transparant is, gegrond en klachtonderdeel 4 ongegrond. Wat betreft klachtonderdeel 5 heeft beklagde in strijd met het transparantiebeginsel van artikel 1.9 Aw 2012 gehandeld. Dat klager haar bezwaren te laat kenbaar heeft gemaakt, doet geen afbreuk aan die conclusie. Wel heeft klager daarmee een onvoldoende proactieve houding aangenomen en dat staat er aan in de weg dat zij in dit stadium nog kan opkomen tegen het handelen van beklagde. Daarmee acht de Commissie klachtonderdeel 5 ongegrond.

Leden van de Commissie van Aanbestedingsexperts: mr. C.E.C. Jansen, mr. A.C.M. Fischer-Braams, mr. T.H. Chen

Het volledige advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts is te raadplegen op www.commissievanaanbestedingsexperts.nl

Met «JAAN» wordt beoogd zo veel mogelijk interessante uitspraken op het gebied van het aanbestedingsrecht te publiceren. Indien u beschikt over uitspraken die naar uw oordeel (mogelijk) geschikt zijn voor publicatie in «JAAN», verzoekt de redactie u deze ter beoordeling te sturen naar:

aanbestedingsrecht@sdu.nl

Ook als u zelf graag eens een annotatie voor «JAAN» zou willen schrijven, kunt u contact opnemen via aanbestedingsrecht@sdu.nl.

©Sdu Uitgevers 2018.

Alle rechten voorbehouden.

Behoudens de door de Auteurswet gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden veelevoudigd (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 veelevoudiging t.b.v. de elektronische ontsluiting van (delen van) «JAAN» in enige vorm.

Citeertitel:

«JAAN» jaartal/nummer uitspraak (voorbeeld: «JAAN» 2018/10)

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. A.A. Rassa, advocaat Bartels Sueters Aanbestedingsadvocaten

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

«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 20025, 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 20025, 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

sdu.adverteren@sdu.nl

www.sduadverteren.nl

