

jurisprudentiepraktijken die betrekking hebben op de behandeling van wederzijdse beroepen tot uitsluiting, ongeacht het aantal deelnemers aan de aanbestedingsprocedure en het aantal van hen dat beroep heeft ingesteld.

160

Gevolgen uitsluiting onevenredig

Gerechtshof Den Haag
16 juli 2019, 200.259.798/01,
ECLI:NL:GHDHA:2019:2429
(mr. P. Glazener, mr. M.Y. Bonneur, mr. H.J.M. Burg)
Noot mr. M.M. Fimerius

(On-)geldigheid inschrijving. Herstelmogelijkheid. Uitleg. CAO-norm. Evenredigheidsbeginsel. Gelijkheidsbeginsel. Uitsluiting.

Staat der Nederlanden (Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, meer in het bijzonder Rijksvastgoedbedrijf, Directie Transacties en Projecten) (hierna: De Staat) heeft een openbare biedprocedure georganiseerd met betrekking tot het recht op het winnen van schelpen in de Waddenzee inclusief de Noordzeekustzone, de Westerschelde en de Voordelta in het tijdvak van 1 januari 2020 tot en met 31 december 2022. In totaal kon op 18 kavels worden geboden.

De Staat heeft deze biedprocedure bij e-mail van 2 november 2018 onder meer aangekondigd aan de partijen die zich op dat moment reeds met de winning van schelpen bezighielden, waaronder Zand & Schelpenwinning Waddenzee B.V. (hierna: Waddenzee).

Waddenzee heeft een inschrijving ingediend waarbij zij heeft geboden op de kavels 1, 2, 3, 5, 6, 9 en 10. Bij e-mail van 29 december 2018 heeft Waddenzee een door ABN AMRO Bank ondertekend exemplaar van de bij haar inschrijving overgelegde bereidverklaring aan de Staat gezonden. Dit ondertekende exemplaar is gedateerd 28 november 2018.

De Staat heeft bij brief van 16 januari 2019 onder meer het volgende aan Waddenzee medegedeeld: "Met betrekking tot de op 13 december 2018 gehouden verkoop bij openbare inschrijving op het recht op schelpenwinning (...) deel ik u mede dat

aan u niet kan worden gegund. (...) Uw inschrijving voldoet niet aan de inschrijfvoorwaarden omdat de inschrijving (...) incompleet is, er is geen geldige bereidverklaring ingediend. Door Zand & Schelpenwinning Waddenzee B.V. is slechts een opdrachtbevestiging (Akte van Vrijwaring) met bijlagen ingediend die gericht is aan de ABN AMRO Bank N.V., waarvan de status – los van het feit dat hier geen bereidverklaring in te lezen valt – onduidelijk is.(...)"

Uitleg

Tussen partijen is niet in geschil dat bij de uitleg van de inschrijfvoorwaarden de cao-norm moet worden toegepast. De Staat heeft aangevoerd dat, nu niet uitdrukkelijk bepaald is in de inschrijfvoorwaarden dat de bereidverklaring afkomstig moet zijn van een bankinstelling, niet ondenkbaar is dat hij een bereidverklaring van een andere instelling zou hebben aanvaard als die afdoende zekerheid zou hebben geboden. Gelet op de bewoordingen van de desbetreffende bepaling kan er echter geen twijfel over bestaan dat de bereidverklaring niet van de inschrijver zelf afkomstig kan zijn, zoals Waddenzee in de toelichting bij deze grieven betoogt. Het gaat immers om een bereidverklaring tot afgifte van een zekerheidstelling voor de nakoming van de verplichtingen van de inschrijver. Dat blijkt uit de overige bepalingen in de inschrijfvoorwaarden en wordt door Waddenzee ook niet bestreden.

Inschrijving

De documenten overgelegd door Waddenzee bij haar inschrijving houden niet een dergelijke bereidverklaring tot afgifte van een zekerheidstelling in. De opdrachtbevestiging is geen bereidverklaring en is bovendien niet door Waddenzee ondertekend. De bereidverklaring is gesteld op naam van ABN AMRO Bank, maar voorzien van de opdruk "interim printout" en niet door ABN AMRO Bank ondertekend. De factuur kan evenmin als een bereidverklaring worden gezien.

Daarmee staat vast dat bij de inschrijving van Waddenzee niet de vereiste bereidverklaring is overgelegd. Dat heeft de directeur van Waddenzee ook toegegeven ter zitting van het hof, waar hij heeft verklaard dat Waddenzee een fout heeft gemaakt bij het opsturen van de documenten: zij beschikte ten tijde van de inschrijving wel over de door de bank ondertekende bereidverklaring maar heeft in plaats van de ondertekende bereid-

verklaring de eerder genoemde documenten overgelegd.

Uit het samenstel van de documenten die Waddenzee bij haar inschrijving heeft overgelegd, in onderling verband bezien, viel af te leiden dat Waddenzee ABN AMRO Bank opdracht had gegeven tot het afgeven van een bereidverklaring conform de inschrijfvoorwaarden, en dat ABN AMRO Bank die bereidverklaring ook had afgegeven.

Evenredigheidsbeginsel

Naar het oordeel van het hof heeft de Staat in strijd gehandeld met het evenredigheidsbeginsel door in deze omstandigheden Waddenzee niet de mogelijkheid te bieden haar inschrijving te herstellen door alsnog de door ABN AMRO Bank ondertekende bereidverklaring over te leggen, mede gezien de nadelige gevolgen voor Waddenzee van ongeldigverklaring van haar inschrijving. Het is aannemelijk dat die uitsluiting ernstige gevolgen voor Waddenzee zal hebben en de Staat wist of kon weten dat uitsluiting ernstige gevolgen zou hebben voor Waddenzee.

Tegenover het belang van Waddenzee staan de belangen van de inschrijvers die profiteren van ongeldigverklaring van de inschrijving van Waddenzee, doordat zij de kavels toegewezen krijgen die anders naar Waddenzee zouden zijn gegaan. Deze inschrijvers hebben echter daarnaast ook andere kavels verkregen, zodat voorshands aannemelijk is dat zij niet in hun voortbestaan worden bedreigd als Waddenzee een herstelmogelijkheid wordt geboden. Het verweer van de Staat houdt in dat hij geen andere keuze had dan Waddenzee uit te sluiten van gunning, omdat in de inschrijfvoorwaarden is bepaald dat inschrijvingen die niet aan de gestelde eisen voldoen, ongeldig worden verklaard en het gelijkheidsbeginsel er aan in de weg staat dat op deze bepaling een uitzondering wordt gemaakt. Het gelijkheidsbeginsel gaat echter niet zover dat de Staat gedwongen was de inschrijving van Waddenzee ongeldig te verklaren omdat de door ABN AMRO Bank ondertekende bereidverklaring niet bij de inschrijving was gevoegd, nu uit de overgelegde documenten kon worden afgeleid dat Waddenzee hoogstwaarschijnlijk wel over een ondertekende bereidverklaring beschikte, maar was vergeten deze mee te sturen. In deze omstandigheden zijn de nadelige gevolgen van ongeldigverklaring van de inschrijving van Waddenzee onevenredig in

verhouding tot het door de Staat aangevoerde doel van gelijke behandeling van de inschrijvers.

Slotsom

Het hof wijst de primaire vordering van Waddenzee toe en veroordeelt de Staat kavels 2, 5, 6 en 9 van de biedprocedure Schelpenwinning in het tijdvak van 1 januari 2020 tot en met 31 december 2022 binnen 30 dagen na de datum van dit arrest te gunnen aan Waddenzee.

*Zand & Schelpenwinning Waddenzee B.V.,
gevestigd te Harlingen,
appellante,
hierna te noemen: Waddenzee,
advocaat: mr. A.L. Appelman te Zwolle,
tegen*

*Staat der Nederlanden (Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, meer in het bijzonder Rijksvastgoedbedrijf, Directie Transacties en Projecten),
zetelend te Den Haag,
geïntimeerde,
hierna te noemen: de Staat,
advocaat: mr. J.A. Dullaart te Naaldwijk.*

Het geding

1. Bij (spoed)appeldagvaarding van 14 mei 2019 is Waddenzee in hoger beroep gekomen van een door de voorzieningenrechter in de rechtbank Den Haag tussen partijen gewezen vonnis van 16 april 2019. Bij memorie van grieven heeft Waddenzee zes grieven aangevoerd. Bij memorie van antwoord met producties heeft de Staat de grieven bestreden.

2. Vervolgens hebben partijen op 8 juli 2019 de zaak laten bepleiten, Waddenzee door haar advocaat en de Staat door mr. J.E. van der Werff, advocaat te Den Haag, beiden aan de hand van overgelegde pleitnotities. Ten slotte is arrest gevraagd.

Beoordeling van het hoger beroep

3. De door de rechtbank in het vonnis van 16 april 2019 vastgestelde feiten zijn niet in geschil. Ook het hof zal daar van uitgaan. Het gaat in deze zaak om het volgende:

a. De Staat heeft een openbare biedprocedure georganiseerd met betrekking tot het recht op het winnen van schelpen in de Waddenzee inclusief de Noordzeekustzone, de Westerschelde en de Voordelta in het tijdvak van 1 januari 2020 tot en met 31 december 2022. In totaal kon op 18 kavels

worden geboden, waarbij kavels 1 tot en met 10 de winning van schelpen in de Waddenzee betreffen, kavels 11 tot en met 14 de winning van schelpen in de Westerschelde en kavels 15 tot en met 18 de winning van schelpen in de Voordelta.

De Staat heeft deze biedprocedure bij e-mail van 2 november 2018 onder meer aangekondigd aan de partijen die zich op dat moment reeds met de winning van schelpen bezighielden, waaronder Waddenzee. In deze e-mail staat dat de gesloten enveloppen met daarin het inschrijvingsbiljet en de bij te

voegen documenten uiterlijk op donderdag 13 december 2018 voor 12.00 uur door de notaris dienden te zijn ontvangen. Daarbij wijst de Staat op het volgende:

“Let u goed op de inschrijvoorwaarden.

De notaris zal zich strikt houden aan de inschrijvoorwaarden. Zorgt u daarom dat u alle benodigde bijlagen meezendt in de gesloten enveloppe. Correctie tijdens de opening van de enveloppe is niet meer mogelijk.”

c) Bedoelde inschrijvoorwaarden zijn beschreven in het “Biedboek verkoop bij openbare inschrijving van recht op de winning van schelpen 2020-2022 in delen van de kustwateren van Nederland” van 2 november 2018 (hierna te noemen: “het Biedboek”). Onder het kopje “Inschrijvingen eisen en criteria” is in het Biedboek onder meer bepaald dat een bereidverklaring dient te worden overgelegd en dat inschrijvingen die niet aan de gestelde eisen voldoen ongeldig worden verklaard. Ten aanzien van de bereidverklaring is in het

Biedboek het volgende bepaald:

“Bereidverklaring tot afgifte van een bankgarantie als inschrijvoorwaarde

Inschrijver is verplicht een bereidverklaring tot afgifte van een zekerheidstelling ter grootte van tien duizend euro (€ 10.000,00) over te leggen. De bereidverklaring dient onvoorwaardelijk te zijn en geldig tot en met 31 maart 2020.”

Waddenzee heeft op 10 december 2018 een inschrijving ingediend waarbij zij heeft geboden op de kavels 1, 2, 3, 5, 6, 9 en 10. Bij haar inschrijving heeft Waddenzee onder meer de volgende documenten overgelegd: (i) een opdrachtbevestiging gedateerd 28 november 2018, conform een model van ABN AMRO Bank, waarin Waddenzee bevestigt dat zij opdracht heeft gegeven aan ABN AMRO Bank voor rekening en risico van Waddenzee een garantie te (doen) stellen tot een

maximum van € 10.000,-, en Waddenzee zich akkoord verklaart met de tekst van de garantie, nader aangeduid als “uw referentie [nummer] volgens aangehecht, door ons ‘voor akkoord’ getekend afschrift”; (ii) een factuur van ABN AMRO Bank aan Waddenzee van 28 november 2018, waarin wordt verwezen naar: “Onze garantie [nummer] d.d. 2018.11.28 ad EUR 10.000.00 ten gunste van Staat der Nederlanden geldig tot 2020.03.31”, gevolgd door de mededeling: “Wij hebben uw rekeningnummer (...) gedebiteerd voor het totaal van onze proviesies/kosten”, met daaronder een opgave van de kosten, en (iii) een bereidverklaring van ABN AMRO Bank, gedateerd 28 november 2018, met nummer [nummer] en geldig tot 31 maart 2020, waarin staat dat de bank zich door ondertekening verbindt jegens de Staat/het RvB om bij gunning van het betreffende project aan Waddenzee een bankgarantie af te geven tot een maximum bedrag van € 10.000,-. De opdrachtbevestiging is voorzien van een handgeschreven plaats- en datumaanduiding, maar is niet ondertekend door Waddenzee. De bereidverklaring is voorzien van de opdruk “interim printout” en is niet ondertekend door ABN AMRO Bank.

Bij e-mail van 29 december 2018 heeft Waddenzee een door ABN AMRO Bank ondertekend exemplaar van de bij haar inschrijving overgelegde bereidverklaring aan de Staat gezonden. Dit ondertekende exemplaar is gedateerd 28 november 2018.

Uit een proces-verbaal van 19 december 2018, opgesteld door de notaris, blijkt het volgende. Waddenzee heeft de hoogste bieding ingediend voor kavels 2, 5, 6 en 9. De een-na-hoogste bieding voor kavel 2 is ingediend door Spaansen Grondstoffen en Logistiek B.V. (hierna te noemen: Spaansen). De twee-na-hoogste bieding voor kavel 2 is ingediend door Visserijbedrijf Rousant B.V. (hierna te noemen: Rousant). Rousant heeft verder de een-na-hoogste bieding ingediend voor kavel 5. Testamare Holding B.V. (hierna te noemen: Testamare) heeft de een-na-hoogste bieding ingediend voor kavels 6 en 9. Rousant heeft verder de hoogste bieding ingediend voor kavels 1 en 7. Testamare heeft verder de hoogste, dan wel enige bieding ingediend voor kavels 3, 8, 10, 15 en 18. Spaansen heeft verder de hoogste bieding ingediend voor kavel 4. Op kavels 11, 12, 13, 14, 16 en 17 zijn geen biedingen gedaan. De notaris heeft niet onderzocht of de inge-

komen biedingen aan de inschrijfvoorwaarden voldoen.

De Staat heeft bij brief van 16 januari 2019 onder meer het volgende aan Waddenzee medegedeeld: “Met betrekking tot de op 13 december 2018 gehouden verkoop bij openbare inschrijving op het recht op schelpenwinning (...) deel ik u mede dat aan u niet kan worden gegend.

(...)

Uw inschrijving voldoet niet aan de inschrijfvoorwaarden omdat de inschrijving (...) incompleet is, er is geen geldige bereidverklaring ingediend. Door Zand & Schelpenwinning Waddenzee B.V. is slechts een opdrachtbevestiging (Akte van Vrijwaring) met bijlagen ingediend die gericht is aan de ABN AMRO Bank N.V., waarvan de status – los van het feit dat hier geen bereidverklaring in te lezen valt – onduidelijk is.

Het document is immers niet getekend, noch is duidelijk of de in dit document vervatte opdracht aan ABN AMRO was verstrekt ten tijde van de inschrijving. Het bijgevoegde concept van de bereidverklaring is niet geldig nu het document niet namens ABN AMRO Bank N.V. is ondertekend.

Dat Zand & Schelpenwinning Waddenzee B.V. uit eigener beweging en per e-mail van 29 december 2018, dus na de datum van inschrijving, aan de Staat alsnog een namens de ABN AMRO Bank N.V. getekende kopie van de bereidverklaring heeft toegezonden laat de vorenstaande beoordeling onverlet.

Beoordeling dient immers plaats te vinden op basis van de bij de notaris tijdig en op de juiste wijze ingediende documenten.”

Spaansen heeft bij haar inschrijving geen documenten overgelegd met het oog op de gevraagde bereidverklaring. Aan Spaansen zijn evenmin kavels gegend.

i. De Staat heeft in reactie op een brief van de advocaat van Waddenzee van 28 januari 2019, waarin deze namens Waddenzee bezwaar maakt tegen de ongeldigverklaring van de inschrijving en aanspraak maakt op gunning van de kavels 2, 5, 6 en 9, bij brief van 12 februari 2019 onder meer het volgende aan de advocaat van Waddenzee geschreven:

(...)

Allereerst kan, anders dan u stelt, uit de opdrachtbevestiging niet worden opgemaakt dat de bank de verlangde zekerheidsstelling zal verstrekken. (...)

Bij een en ander komt dat uit de opdrachtbevestiging niet blijkt dat een bereidverklaring zal worden verstrekt die voldoet aan hetgeen blijktens de inschrijfvoorwaarden verlangd werd. Daarin is immers bepaald dat die bereidverklaring onvoorwaardelijk is en geldig tot en met 31 maart 2020. Hieruit volgt dat de opdrachtbevestiging zelf niet kan volstaan in plaats van de verlangde bereidverklaring.

Vervolgens betoogt u dat op de onderhavige inschrijving en gunning de (algemene) beginselen zoals in het aanbestedingsrecht ontwikkeld van toepassing zijn. Uitgangspunt is echter dat de verkoop van bouwgrond, zand, schelpen e.d. (al dan niet via een openbare inschrijving) door een overheid aan een marktpartij in beginsel buiten de werkingssfeer van het aanbestedingsrecht valt.

Voor zover die beginselen, althans het beginsel van gelijke behandeling, wel van toepassing zouden zijn op de onderhavige procedure (of dat zo is, laat ik voor nu maar in het midden), dan heeft het volgende te gelden.

Juist is het dat een aanbestedende dienst gelegenheid kan bieden om, onder voorwaarden, een gebrek in een inschrijving te herstellen. Het beginsel van gelijke behandeling verzet zich er evenwel tegen om die gelegenheid te bieden wanneer, zoals in het onderhavige geval, in de aanbestedingsleidraad (in dit geval: de inschrijfvoorwaarden) op het ontbreken van een document de sanctie van ongeldigheid is gesteld.

Nu dat laatste het geval is, zou de Staat immers in strijd met het beginsel van gelijke behandeling handelen door de inschrijving van uw cliënt alsnog toe te laten.

(...)

4. In eerste aanleg heeft Waddenzee, zakelijk weergegeven, gevorderd bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad (i) primair, de Staat op straffe van verbeurte van een dwangsom te gebieden de kavels 2, 5, 6 en 9 binnen 14 dagen na het te wijzen vonnis te gunnen aan Waddenzee, en (ii) subsidiair, de Staat op straffe van verbeurte van een dwangsom te verbieden de kavels 2, 5, 6 en 9 aan ieder ander te gunnen dan Waddenzee, een ander met veroordeling van Waddenzee in de proceskosten, inclusief nakosten. In het bestreden vonnis heeft de voorzieningenrechter de vorderingen van Waddenzee afgewezen en Waddenzee in de proceskosten veroordeeld. Kort samengevat heeft de voorzieningenrechter het volgende overwogen. Uit de door Waddenzee bij haar inschrijving

gevoegde documenten kon niet worden opgemaakt dat een bankinstelling zich tot het stellen van de verlangde bankgarantie bereid had verklaard. Nu het overleggen van deze bereidverklaring blijkens de inschrijffvoorwaarden op straffe van uitsluiting was voorgeschreven, diende de Staat de inschrijving van Waddenzee ongeldig te verklaren en kon de Staat Waddenzee niet om verduidelijking vragen of haar de gelegenheid bieden de bereidverklaring alsnog over te leggen.

5. In hoger beroep vordert Waddenzee vernietiging van het vonnis van de voorzieningenrechter en toewijzing van haar vorderingen in eerste aanleg, met veroordeling van de Staat in de proceskosten, inclusief de nakosten, in beide instanties en tot terugbetaling van wat Waddenzee op grond van het bestreden vonnis aan de Staat heeft betaald, te vermeerderen met wettelijke rente. De Staat voert verweer en concludeert tot afwijzing van de vorderingen van Waddenzee, bekrachtiging van het vonnis van de voorzieningenrechter en veroordeling van Waddenzee in de kosten van beide instanties.

6. De eerste grief van Waddenzee is gericht tegen de overweging van de voorzieningenrechter dat de bestuurder van Waddenzee tijdens de zitting heeft verklaard dat de Staat in het kader van eerdere biedprocedures ook altijd zekerheid in de vorm van een bereidverklaring door een bankinstelling had verlangd en door Waddenzee ook altijd in die vorm zekerheid was gesteld. Gelet op hetgeen het hof hierna naar aanleiding van de overige grieven zal overwegen, kan deze grief onbesproken blijven.

7. Het hof zal de tweede en derde grief van Waddenzee samen behandelen. Met haar tweede grief komt Waddenzee op tegen het oordeel van de voorzieningenrechter dat de bereidverklaring door een bankinstelling diende te worden afgegeven. Volgens Waddenzee volgt uit de tekst van de inschrijffvoorwaarden dat iedereen, en dus ook Waddenzee zelf, een dergelijke bereidverklaring kon afgeven. De derde grief van Waddenzee bestrijdt het oordeel van de voorzieningenrechter dat uit de documenten die Waddenzee bij haar inschrijving heeft overgelegd, niet kon worden opgemaakt dat een bankinstelling zich tot het stellen van de verlangde bankgarantie bereid had verklaard. In de kern komen deze grieven erop neer dat de documenten die Waddenzee bij haar inschrijving heeft overgelegd, kwalificeren als een

bereidverklaring tot afgifte van een zekerheidstelling zoals vereist is in de inschrijffvoorwaarden.

8. Tussen partijen is niet in geschil dat bij de uitleg van de inschrijffvoorwaarden de cao-norm moet worden toegepast. Deze norm houdt in dat aan een bepaling een uitleg naar objectieve maatstaven moet worden gegeven, waarbij in beginsel de bewoordingen van die bepaling, gelezen in het licht van de gehele tekst van het document waarin de bepaling is opgenomen, van doorslaggevende betekenis zijn. De Staat heeft aangevoerd dat, nu niet uitdrukkelijk bepaald is in de inschrijffvoorwaarden dat de bereidverklaring afkomstig moet zijn van een bankinstelling, niet ondenkbaar is dat hij een bereidverklaring van een andere instelling zou hebben aanvaard als die afdoende zekerheid zou hebben geboden. Gelet op de bewoordingen van de desbetreffende bepaling kan er echter geen twijfel over bestaan dat de bereidverklaring niet van de inschrijver zelf afkomstig kan zijn, zoals Waddenzee in de toelichting bij deze grieven betoogt. Het gaat immers om een bereidverklaring tot afgifte van een zekerheidstelling voor de nakoming van de verplichtingen van de inschrijver. Dat blijkt uit de overige bepalingen in de inschrijffvoorwaarden en wordt door Waddenzee ook niet bestreden. Een dergelijke zekerheidstelling moet naar haar aard door een ander dan de inschrijver worden afgegeven; anders biedt zij geen zekerheid voor de nakoming van de verplichtingen van de inschrijver. De bereidverklaring tot afgifte van die zekerheidstelling moet op haar beurt afkomstig zijn van degene die die zekerheidstelling zal afgeven. Dat moet dus ook een ander dan de inschrijver zijn. Zo heeft Waddenzee de inschrijffvoorwaarden ook begrepen, getuige het feit dat zij ABN AMRO Bank heeft verzocht een bereidverklaring tot afgifte van een zekerheidstelling te verstrekken.

9. De documenten overgelegd door Waddenzee bij haar inschrijving houden niet een dergelijke bereidverklaring tot afgifte van een zekerheidstelling in. De opdrachtbevestiging is geen bereidverklaring en is bovendien niet door Waddenzee ondertekend. De bereidverklaring is gesteld op naam van ABN AMRO Bank, maar voorzien van de opdruk "interim printout" en niet door ABN AMRO Bank ondertekend. De factuur kan evenmin als een bereidverklaring worden gezien.

10. Daarmee staat vast dat bij de inschrijving van Waddenzee niet de vereiste bereidverklaring is overgelegd. Dat heeft de directeur van Waddenzee

ook toegegeven ter zitting van het hof, waar hij heeft verklaard dat Waddenzee een fout heeft gemaakt bij het opsturen van de documenten: zij beschikte ten tijde van de inschrijving wel over de door de bank ondertekende bereidverklaring maar heeft in plaats van de ondertekende bereidverklaring de eerder genoemde documenten overgelegd.

11. Grieven 2 en 3 zijn dus tevergeefs voorgesteld.

12. Met haar vierde grief komt Waddenzee op tegen het oordeel van de voorzieningenrechter dat de Staat niet de bevoegdheid had om Waddenzee de gelegenheid te geven haar inschrijving te herstellen, nu het bijvoegen van de bereidverklaring was voorgeschreven op straffe van uitsluiting. Volgens Waddenzee was er slechts sprake van een ondertekeningsgebrek, dat voor herstel in aanmerking komt. De vijfde grief van Waddenzee heeft betrekking op het oordeel van de voorzieningenrechter dat de Staat niet in strijd heeft gehandeld met algemeen beginselen van behoorlijk bestuur, en een belangenafweging niet in het voordeel van Waddenzee dient uit te pakken. Waddenzee betoogt dat de Staat in strijd heeft gehandeld met het zorgvuldigheids- en het proportionaliteitsbeginsel en de belangen van de betrokken partijen onjuist heeft afgewogen. Deze grieven zal het hof eveneens samen bespreken.

13. Bij de beoordeling van deze grieven stelt het hof voorop dat de door de Staat georganiseerde biedprocedure geen overheidsopdracht, speciale-sectoropdracht, concessieopdracht of prijsvraag is in de zin van de Aanbestedingswet 2012. De aanbestedingsbeginselen genoemd in afdeling 1.2.2. van de Aanbestedingswet 2012 zijn dus niet van toepassing. Wel dient de Staat zich te houden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het gelijkheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel. Het evenredigheidsbeginsel houdt in dat de voor belanghebbenden nadelige gevolgen van een overheidshandeling niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met die handeling te dienen doelen. Het gelijkheidsbeginsel vereist dat gelijke gevallen gelijk worden behandeld. Tussen deze beginselen bestaat geen bepaalde hiërarchie.

14. De vierde en vijfde grief van Waddenzee stellen de vraag aan de orde of de Staat in strijd met het evenredigheidsbeginsel heeft gehandeld door Waddenzee niet de mogelijkheid te bieden om haar inschrijving te herstellen, en of de Staat zich op het standpunt kon stellen dat het gelijkheids-

beginsel geen ruimte liet voor die herstelkans.

15. Uit het samenstel van de documenten die Waddenzee bij haar inschrijving heeft overgelegd, in onderling verband gezien, viel af te leiden dat Waddenzee ABN AMRO Bank opdracht had gegeven tot het afgeven van een bereidverklaring conform de inschrijfvoorwaarden, en dat ABN AMRO Bank die bereidverklaring ook had afgegeven. Met de overgelegde factuur brengt ABN AMRO Bank immers provisies en kosten in rekening voor een garantie van € 10.000,- ten gunste van de Staat en geldig tot 31 maart 2020, die blijkens deze factuur ten laste zijn gebracht van de bankrekening van Waddenzee bij ABN AMRO Bank. Het garantienummer genoemd in de factuur correspondeert met het garantienummer genoemd in de overgelegde opdrachtbevestiging en het nummer van de overgelegde (niet door ABN AMRO Bank ondertekende) bereidverklaring. Het bedrag genoemd in de overgelegde bereidverklaring en de daarin genoemde looptijd zijn in overeenstemming met de desbetreffende bepaling van de inschrijfvoorwaarden. Aan de hand van deze documenten kon dus objectief worden vastgesteld dat Waddenzee hoogstwaarschijnlijk over een bereidverklaring beschikte die voldeed aan de gestelde vereisten, maar abusievelijk had nagelaten deze bij haar inschrijving te voegen.

16. Naar het oordeel van het hof heeft de Staat in strijd gehandeld met het evenredigheidsbeginsel door in deze omstandigheden Waddenzee niet de mogelijkheid te bieden haar inschrijving te herstellen door alsnog de door ABN AMRO Bank ondertekende bereidverklaring over te leggen, mede gezien de nadelige gevolgen voor Waddenzee van ongeldigverklaring van haar inschrijving. Wat die nadelige gevolgen betreft, stelt Waddenzee dat uitsluiting van deze inschrijving onherroepelijk haar faillissement zal betekenen. Dat heeft de Staat betwist, onder verwijzing naar de mogelijkheid van voorraadvorming en/of winning in de Noordzee. In het kader van dit kort geding kunnen de gevolgen van uitsluiting van de onderhavige inschrijving voor Waddenzee niet precies worden vastgesteld. Het is echter voorshands aannemelijk dat die uitsluiting ernstige gevolgen voor Waddenzee zal hebben. Waddenzee beschikt over één schip dat is toegerust op schelpenwinning in de gebieden waarop deze inschrijving van toepassing is, en maakt haar bedrijf

van schelpenwinning in deze gebieden. Die activiteit komt stil te liggen als Waddenzee van deze inschrijving wordt uitgesloten. Verder geldt dat de Staat wist of kon weten dat uitsluiting ernstige gevolgen zou hebben voor Waddenzee. Uit de door de Staat overgelegde Landelijke Beleidsnota Schelpenwinning blijkt immers dat de Staat op de hoogte is van de marktomstandigheden in de sector en de positie van de betrokken ondernemingen. Daarnaast beschikte de Staat over informatie met betrekking tot de positie van Waddenzee uit de onderhavige inschrijving en eerdere inschrijvingen.

17. Tegenover het belang van Waddenzee staan de belangen van de inschrijvers die profiteren van ongeldigverklaring van de inschrijving van Waddenzee, doordat zij de kavels toegewezen krijgen die anders naar Waddenzee zouden zijn gegaan. Deze inschrijvers hebben echter daarnaast ook andere kavels verkregen, zodat voorshands aannemelijk is dat zij niet in hun voortbestaan worden bedreigd als Waddenzee een herstelbaarheid wordt geboden. Overigens heeft de Staat niets aangevoerd met betrekking tot de positie van deze inschrijvers dat zich in het kader van een belangenafweging tegen het bieden van een herstelbaarheid aan Waddenzee zou kunnen verzetten. Het verweer van de Staat houdt in dat hij geen andere keuze had dan Waddenzee uit te sluiten van gunning, omdat in de inschrijvoorwaarden is bepaald dat inschrijvingen die niet aan de gestelde eisen voldoen, ongeldig worden verklaard en het gelijkheidsbeginsel er aan in de weg staat dat op deze bepaling een uitzondering wordt gemaakt. Het gelijkheidsbeginsel gaat echter niet zover dat de Staat gedwongen was de inschrijving van Waddenzee ongeldig te verklaren omdat de door ABN AMRO Bank ondertekende bereidverklaring niet bij de inschrijving was gevoegd, nu uit de overgelegde documenten kon worden afgeleid dat Waddenzee hoogstwaarschijnlijk wel over een ondertekende bereidverklaring beschikte, maar was vergeten deze mee te sturen. Als de Staat Waddenzee de mogelijkheid zou hebben geboden om deze vergissing te herstellen, zou Waddenzee daarmee geen oneigenlijk concurrentievoordeel hebben verkregen ten opzichte van de andere inschrijvers. De positie van Waddenzee verschilde immers niet wezenlijk van die van de andere inschrijvers die wel een (ondertekende) bereidverklaring bij hun inschrijving hadden overgelegd, ervan uitgaande dat Waddenzee net

als deze andere inschrijvers ten tijde van de inschrijving over de vereiste bereidverklaring beschikte. Daarentegen verschilde de positie van Waddenzee wel van die van Spaansen, die evenals Waddenzee van inschrijving is uitgesloten, doordat Spaansen in het geheel geen documenten had overgelegd die erop duiden dat zij ten tijde van de inschrijving over de vereiste bereidverklaring beschikte. In deze omstandigheden zijn de nadelige gevolgen van ongeldigverklaring van de inschrijving van Waddenzee onevenredig in verhouding tot het door de Staat aangevoerde doel van gelijke behandeling van de inschrijvers.

18. Bij pleidooi heeft de Staat nog aangevoerd dat de grieven van Waddenzee uitsluitend zijn gericht op de toepassing van het aanbestedingsrechtelijke proportionaliteitsbeginsel, en de vraag of de Staat in strijd heeft gehandeld met het evenredigheidsbeginsel geen onderdeel uitmaakt van de rechtsstrijd in hoger beroep. Die stelling berust op een te beperkte lezing van de memorie van grieven. Waddenzee heeft gesteld dat de voorzieningenrechter ten onrechte heeft geoordeeld dat de Staat niet in strijd heeft gehandeld met het proportionaliteitsbeginsel. Uit haar stellingen valt niet af te leiden dat zij zich daarbij heeft willen beperken tot het aanbestedingsrecht, en geen beroep heeft willen doen op het (met het proportionaliteitsbeginsel overeenkomende) evenredigheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.

19. Op grond van het voorgaande is het hof van oordeel dat grieven 4 en 5 slagen en dat de Staat Waddenzee een herstelbaarheid had moeten bieden. Als de Staat dat had gedaan, dan had Waddenzee de door ABN AMRO Bank ondertekende bereidverklaring kunnen overleggen, waarover zij reeds beschikte ten tijde van haar inschrijving. De Staat heeft niet weersproken dat in dat geval de kavels 2, 5, 6 en 9 aan Waddenzee zouden zijn gegund, nu Waddenzee de hoogste bieding op die kavels heeft uitgebracht. Daarmee slaagt ook grief 6 van Waddenzee, die is gericht tegen de afwijzing van de vorderingen van Waddenzee en de veroordeling van Waddenzee in de proceskosten.

Het hof zal de primaire vordering van Waddenzee toewijzen. Aan de veroordeling zal geen dwangsom worden verbonden, ervan uitgaande dat de Staat zonder meer aan deze veroordeling zal voldoen. De termijn om aan deze veroordeling te voldoen zal het hof bepalen op 30 dagen na de datum van dit arrest. Het hof zal de Staat als de in

het ongelijk gestelde partij veroordelen in de proceskosten in beide instanties, inclusief de nakosten zoals gevorderd door Waddenzee in eerste aanleg.

Beslissing

Het hof:

- vernietigt het tussen partijen gewezen vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank Den Haag van 16 april 2019 en, opnieuw recht doende:
 - veroordeelt de Staat kavels 2, 5, 6 en 9 van de biedprocedure Schelpenwinning in het tijdvak van 1 januari 2020 tot en met 31 december 2022 binnen 30 dagen na de datum van dit arrest te gunnen aan Waddenzee;
 - veroordeelt de Staat in de proceskosten in beide instanties, aan de zijde van Waddenzee in eerste aanleg begroot op € 720,83 aan verschotten en € 980,- aan salaris advocaat, en in hoger beroep begroot op € 822,83 aan verschotten en € 3.222,- aan salaris advocaat en op € 131,- aan nasalaris voor de advocaat, nog te verhogen met € 68,- indien niet binnen 30 dagen 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;
 - veroordeelt de Staat tot terugbetaling van al hetgeen Waddenzee naar aanleiding van het vonnis van 16 april 2019 aan de Staat heeft betaald, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de dag van betaling door Waddenzee tot aan de dag van terugbetaling door de Staat;
 - verklaart deze veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad; en
 - wijst de vorderingen af voor het overige.

NOOT

De spanning tussen het evenredigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel

In dit arrest oordeelt het gerechtshof dat een inschrijving waarin een stuk ontbreekt dat op straffe van uitsluiting had moeten worden verstrekt,

op grond van het evenredigheidsbeginsel niet mag worden uitgesloten.

Alhoewel ik de uitkomst in dit arrest omarm, speelt wel de vraag hoe dit arrest zich verhoudt tot het bestaande Europees aanbestedingsrechtelijke kader dat er – kort gezegd – op neerkomt dat indien een ontbrekend stuk grond van de aanbestedingstukken op straffe van uitsluiting moet worden verstrekt, geen herstel mag worden geboden.¹

De casus

In deze zaak ging het om een openbare biedprocedure georganiseerd door de Staat met betrekking tot het recht op het winnen van schelpen in onder meer de Waddenzee. In de e-mail waarmee de inschrijvers werden uitgenodigd om een inschrijving in te dienen was bepaald: *“Let u goed op de inschrijfvoorwaarden. De notaris zal zich strikt houden aan de inschrijfvoorwaarden. Zorgt u daarom dat u alle benodigde bijlagen meezendt in de gesloten enveloppe. Correctie tijdens de opening van de enveloppe is niet meer mogelijk.”*

Eén van de inschrijfvoorwaarden betrof het overleggen van een bereidverklaring tot afgifte van een bankgarantie.

Inschrijver Waddenzee had bij haar inschrijving geen bereidverklaring overgelegd die voldeed aan de gestelde eisen.

Daar waar de voorzieningenrechter oordeelde dat dit moest leiden tot ongeldigverklaring en geen mogelijkheid tot herstel kon worden geboden², oordeelt het gerechtshof dat het in strijd met het evenredigheidsbeginsel is om Waddenzee niet de gelegenheid te bieden haar inschrijving te herstellen.³

- 1 HvJ EU 6 november 2014, zaak C-42/13, «JAAN» 2015/1, m.nt. mr. C.A.M. Lombert (Cartiera dell'Ad-da) en HvJ EU 10 oktober 2013, zaak C-336/12, «JAAN» 2013/194, m.nt. mr. M.J. Mutsaers (Manova).
- 2 Vzr. Rb. Den Haag 16 april 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:8384, r.o. 4.3.
- 3 Gerechtshof Den Haag 16 juli 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2429, r.o. 16.

Het door het gerechtshof toegepaste juridisch kader

Bij zijn beoordeling stelt het gerechtshof voorop dat de aanbestedingsbeginselen zoals genoemd in afdeling 1.2.2. van de Aanbestedingswet 2012 niet van toepassing zijn omdat de biedprocedure geen overheidsopdracht betreft. Wel dient de Staat zich volgens het hof te houden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het gelijkheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel.

In situaties waarbij de Aw 2012 (deels) niet van toepassing is, wordt in de jurisprudentie regelmatig – via de band van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de in de precontractuele fase geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid – de toepassing van de fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht aangemenen.⁴ Die stap zet het gerechtshof in dit arrest niet. Het gerechtshof past uitdrukkelijk de algemene beginselen van behoorlijk bestuur toe en niet de fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht. Dat is jammer, omdat dit onzekerheid oplevert ten aanzien van de vraag of het gerechtshof tot hetzelfde oordeel zou zijn gekomen indien de Aw 2012 wel van toepassing was geweest.

Het gerechtshof verwijst in het arrest ook niet naar de Europese jurisprudentie ten aanzien van het bieden van een herstelkans.⁵ Omdat deze jurisprudentie met name is gestoeld op het gelijkheidsbeginsel (en het gerechtshof het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur van toepassing acht⁶) is ook een expliciete standpuntbepaling ten aanzien van de

(analogische) toepassing van deze arresten mijns inziens een gemis. In de Nederlandse jurisprudentie en door de CvAE wordt bijvoorbeeld ook bij onderdrempelige opdrachten aangesloten bij de uitleg die het HvJ EU in zijn arresten SAG en Manova heeft gegeven aan het gelijkheidsbeginsel.⁷ Op basis van het arrest is onduidelijk of het gerechtshof van oordeel is dat het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur een andere strekking heeft dan het gelijkheidsbeginsel van het aanbestedingsrecht.

Het oordeel van het gerechtshof nader beschouwd

Het gerechtshof oordeelt dat uit het samenstel van de documenten die Waddenzee bij haar inschrijving heeft overgelegd, viel af te leiden dat inschrijver Waddenzee hoogstwaarschijnlijk op het moment van inschrijving over de vereiste bankverklaring beschikte, maar abusievelijk had nagelaten deze bij haar inschrijving te voegen. Mede gezien de nadelige gevolgen voor Waddenzee van ongeldigverklaring van haar inschrijving, had de Staat, zo overweegt het gerechtshof, in deze omstandigheid Waddenzee de gelegenheid moeten bieden haar inschrijving te herstellen.⁸

Het gerechtshof ziet binnen het door haar toegepaste juridische kader voldoende ruimte om een herstelkans te bieden voor een document dat op straffe van uitsluiting had moeten worden verstrekt. Vanwege het hiervoor besproken juridisch kader, is onduidelijk of het gerechtshof van oordeel is dat deze ruimte ook zou hebben bestaan indien sprake was van een Europese aanbestedingsprocedure.

Het HvJ EU heeft in het Manova arrest expliciet bepaald: *“Evenwel moet worden gepreciseerd dat dit [dat de aanbestedende dienst kan verzoecken de gegevens van een inschrijvingsdossier gericht te verbeteren of aan te vullen; MMF] anders zou zijn indien volgens de aanbestedingsstukken het ontbrekende stuk of de ontbrekende*

4 Vergelijk bijvoorbeeld: V.zr. Rb. Noord Nederland 7 november 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:5503, «JAAN» 2015/39, m.nt. mr. C.S. Leunissen, V.zr. Rb. Amsterdam 25 maart 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:2540, «JAAN» 2014/108.

5 Onder meer: HJ EU 29 maart 2012, zaak C-599/10 (SAG), HvJ EU 10 oktober 2013, zaak C-336/12, ECLI:EU:C:2013:647.

6 Widdershoven legt in zijn conclusie over schaarre vergunningen d.d. 25 mei 2016 (ECLI:NL:RVS:2016:1421, overweging 6.9) een expliciete link tussen het gelijkheidsbeginsel uit het bestuursrecht en het gelijkheidsbeginsel als beginsel van het aanbestedingsrecht.

7 Zie bijvoorbeeld: Hof Arnhem Leeuwarden 11 november 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8646, «JAAN» 2015/5, m.nt. mr. C.A.M. Lombert, CvAE 10 april 2018, advies 460, «JAAN» 2018/175 en CvAE 27 september 2018, advies 465, «JAAN» 2018/242.

8 R.o. 16.

informatie op straffe van uitsluiting moet worden verstrekt. Een aanbestedende dienst dient immers nauwgezet de door hemzelf vastgestelde criteria in acht te nemen (zie in die zin arrest van 29 april 2004, Commissie/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Jurispr. Blz. I-3801, punt 115)."

Op grond van met name dit arrest wordt in de Europese en Nederlandse jurisprudentie veelal geoordeeld dat in het geval van een knock-out vereiste de beginselen van gelijke behandeling en transparantie voorgaan op het evenredigheidsbeginsel.⁹

Mijns inziens zou in de bijzondere omstandigheden van het onderhavige geval ook binnen het bestaande Europees aanbestedingsrechtelijke kader tot het bieden van een herstelmogelijkheid kunnen worden geconcludeerd.

Door te overwegen dat uit de inschrijving van Waddenzee viel af te leiden dat Waddenzee hoogstwaarschijnlijk op het moment van inschrijving wel over de bereidverklaring beschikte, wordt het gebrek door het gerechtshof mijns inziens als een zuiver formele, voor de beoordeling van de inschrijving niet beslissende onregelmatigheid beschouwd. Op grond van het arrest *Cartierre dell'Adda* kan worden verdedigd dat voor dergelijke omissies herstel wel is toegestaan.¹⁰

Volgens het gerechtshof wordt door het bieden van een herstelmogelijkheid aan Waddenzee geen oneigenlijk concurrentievoordeel verschaft, ervan uitgaande dat Waddenzee net als de andere inschrijvers ten tijde van de inschrijving over de vereiste bereidverklaring beschikte.¹¹

Ik volg deze overweging van het gerechtshof.

Niet te verwachten valt immers dat Waddenzee heeft geanticipeerd op de geboden herstelmogelijkheid en bewust de bereidverklaring achterwe-

ge heeft gelaten om op een later moment (te weten: het moment dat de herstelmogelijkheid wordt geboden) te kunnen besluiten of hij zijn inschrijving al dan niet wil handhaven (door het al dan niet overleggen van de bereidverklaring) en zichzelf daarmee een betere uitgangspositie heeft verschaft (vergelijk de noot van mr. W. de Vries en mijzelf bij «JAAN» 2017/115).

Indien Waddenzee geen bereidverklaring van vóór de datum van de inschrijving kan overleggen, dan zal de Staat de inschrijving van Waddenzee alsnog als ongeldig terzijde moeten leggen. De Staat kan een bereidverklaring van ná de inschrijfdatum niet accepteren, omdat anders Waddenzee wel een concurrentievoordeel zou krijgen ten opzichte van haar concurrenten. Het is namelijk niet ondenkbaar dat een bank een bereidverklaring in algemene zin niet wil afgeven, maar wel als vast staat dat de inschrijver de winnende inschrijving heeft gedaan en dus de werkzaamheden mag uitvoeren.¹²

Conclusie en enkele vuistregels voor de praktijk

In deze zaak laat het gerechtshof herstel toe van een inschrijving waarbij een document ontbrak dat op straffe van uitsluiting had moeten worden overgelegd. Dit arrest is een afwijking van een bestendige lijn in de jurisprudentie. Wel vaker oordelen rechters dat op grond van het evenredigheids- of proportionaliteitsbeginsel een mogelijkheid tot herstel moet worden geboden c.q. niet tot uitsluiting kan worden overgegaan, maar dat betreft dan geen situaties waarbij een document ontbrak dat op straffe van ongeldigheid moest worden overgelegd.¹³

Naar verwachting heeft het gerechtshof ruimte gezien om af te wijken van deze bestendige lijn

9 Vgl. HvJ EU 14 december 2016, zaak C-171/15, pt. 38, Hof Amsterdam 17 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1286, «JAAN» 2018/116 Vzr. Rb. Limburg 28 november 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:11178, «JAAN» 2019/21. In dezelfde zin overweegt de voorzieningenrechter in het vonnis waarvan beroep (Vzr. Rb. Den Haag 16 april 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:8384).

10 HvJ EU 6 november 2014, zaak C-42/13, «JAAN» 2015/1, m.nt. mr. C.A.M. Lombert, pt. 41 en 45.

11 R.o. 17.

12 Vgl. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 11 november 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8646, «JAAN» 2015/5, m.nt. mr. C.A.M. Lombert.

13 Gerechtshof Den Haag 23 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1588, «JAAN» 2015/138, m. nt. mr. C.G. van Blaaderen en mr. R.S. Damsma, Vzr. Rb. Rotterdam 15 februari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1201, «JAAN» 2016/88, m.nt. mr. J. Haest, Vzr. Rb. Gelderland 18 april 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:3280, Vzr. Rb. Overijssel 12 december 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:4962, «JAAN» 2017/30.

doordat de litigieuze procedure niet een aanbestedingsprocedure betrof, maar een biedprocedure waarop de Aanbestedingswet 2012 en de aanbestedingsrechtelijke beginselen niet van toepassing waren.

Ook binnen Europese aanbestedingsprocedures is deformalisering echter wenselijk en zijn de overwegingen en conclusies van het gerechtshof zeer welkom. Vanwege het transparantiebeginsel wordt bij de vraag of een herstelmogelijkheid kan worden geboden zwaar geleund op de tekst van de aanbestedingsdocumenten. Om die reden geef ik aanbestedende diensten mee om niet te lichtvaardig een bepaald voorschrift op straffe van ongeldigheid voor te schrijven. Daarmee ontnemen aanbestedende diensten zichzelf de mogelijkheid om herstel op dat punt toe te laten. Uitsluiting vanwege een kleine fout wordt een inschrijver dan al snel fataal, hetgeen geen recht doet aan de belangen van de inschrijver en de mededinging onnodig beperkt.¹⁴

mr. M.M. Fimerius
advocaat bij Maasdam Broers Fischer advocaten

161

Motivatie beoordelingssystematiek onvoldoende?

Rechtbank Midden-Nederland
14 april 2019, C16/474830/KG ZA 19-78,
ECLI:NL:RBMNE:2019:3570
(mr. M.J. Slootweg)

Overheidsopdracht. Selectiecriteria. Beoordelingssystematiek. Beginselen van aanbestedingsrecht. Alcatel- en vervaltermijn. Beoordeling selectiecriteria. Beoordelingsvrijheid. Gelijkheidsbeginsel. Transparantiebeginsel. (On-)geldigheidinschrijving.

Gemeente Utrecht heeft een selectieprocedure uitgeschreven voor de uitgifte van grond in erfpacht en het sluiten van een ontwikkelovereenkomst voor de realisatie van 800 tot 1200 appartementen (sociale huur, middeldure huur en/of koop) aangevuld met onder meer commerciële dienstverlening, leisure en horeca (hierna: de ontwikkeling). De ontwikkeling betreft de Hoogbouwkavel Leidsche Rijn Centrum Noord waar een toren gerealiseerd mag worden van 140 meter hoog.

Onder andere Ballast Nedam Ontwikkelingsmaatschappij B.V. (hierna: Ballast) heeft zich op de opdracht ingeschreven. Op 6 december 2018 heeft de gemeente Utrecht telefonisch aan Ballast medegedeeld dat Ballast niet als beoogde winnaar is geselecteerd. Op 11 december 2018 heeft Ballast hier een bevestiging per brief van ontvangen. Ballast is het niet eens met de genomen beslissing.

Volgens Ballast moet de selectiebeslissing beter geformuleerd worden op een wijze dat het voor haar mogelijk wordt gemaakt om de wijze waarop de beoordeling heeft plaatsgevonden te toetsen en te controleren of de beoordeling de selectiebeslissing rechtvaardigt. Ballast is van mening dat de gemeente Utrecht haar inschrijving niet op een correcte wijze heeft beoordeeld en dat de systematiek voor het toekennen van de punten, zoals opgenomen in de selectiedocumenten, niet juist is toegepast. Dit heeft volgens haar ertoe geleid dat haar inschrijving met onvoldoende punten is

14 Vgl. Vزر. Rb. Midden Nederland 30 juli 2017, ECLI:NL:RBMNE:2014:3251, «JAAN» 2014/162, m.nt. mr. C.A.M. Lombert, r.o. 4.25.