

78

Wezenlijke wijziging inschrijving en ecarteren gunningscriterium

Voorzieningenrechter Rechtbank Gelderland
10 maart 2020, nr. C/05/364719 / KG ZA 20-8,
nr. C/05/366079 / KG ZA 20-54,
ECLI:NL:RBGEL:2020:1630
(mr. E.H.J. Krijnen)
Noot mr. L.M. Engels, mr. J. van de Giessen

Herstel. Duurzaamheid. Beginselen van Aanbestedingsrecht. Gelijkeheidsbeginsel. (On-)geldigheid inschrijving. Transparantiebeginsel. Wezenlijke wijziging. Gunningssystematiek.

De bestuursrechtelijke rechtspersoon Doelgroepenvervoer Regio Arnhem-Nijmegen (hierna: BVO DRAN) heeft op 9 september 2019 de Europese openbare aanbestedingsprocedure voor “inkoop routegebonden vervoer AVAN (RGV)” in de markt gezet.

De opdracht is verdeeld in 9 percelen (A t/m I). In de aanbestedingsleidraad is een combinatiebeperking opgenomen, ingevolge waarvan één inschrijver in beginsel maximaal drie percelen kan verwerven. Hierop zijn twee uitzonderingen van toepassing: 1) percelen E, H en I worden elk aan verschillende inschrijvers gegund en 2) de inschrijver die een van de percelen E, H of I gegund krijgt, kan maximaal één ander perceel gegund krijgen (dus totaal maximaal 2 percelen).

Noot Touringcar Ede B.V. (hierna: Noot) en Willemsen-de Koning Groep B.V. (hierna: W-dK) hebben tijdig ingeschreven op (onder meer) perceel I. Bij de beoordeling van de inschrijvingen heeft BVO DRAN geconstateerd dat Noot enkele kolommen in het inschrijfformulier niet had ingevuld. BVO DRAN heeft derhalve op 28 november 2019 in het kader van “klein herstel” aan Noot aangeboden om haar inschrijving op dit punt te corrigeren en daartoe een nieuw inschrijfformulier bij BVO DRAN in te dienen. Daarbij mocht Noot het inschrijftarief niet wijzigen. Op 2 december 2019 heeft Noot het gecorrigeerde inschrijfformulier bij BVO DRAN ingediend.

Op 23 december heeft BVO DRAN aan Noot een brief gestuurd waarin zij Noot bericht perceel I voorlopig te gunnen aan W-dK. Op 22 januari 2020 heeft BVO DRAN aan Noot een tweede brief gestuurd, waarin zij Noot meldt dat diens inschrijving een aantal ongeldigheden bevat die bij de eerdere gunningsbeslissing d.d. 23 december 2019 nog niet aan Noot waren medegedeeld. Volgens BVO DRAN verschilde het gecorrigeerde inschrijfformulier van Noot d.d. 2 december 2019 substantieel van de het oorspronkelijke inschrijfformulier. Volgens BVO DRAN zou Noot de volledige calculatie op het inschrijfformulier hebben herzien. Dit zou niet onder een “klein herstel” vallen, maar zou een poging van Noot zijn om diens inschrijving na sluiting van de inschrijftermijn alsnog aan te passen. Om die reden trekt BVO DRAN bij de brief d.d. 22 januari 2020 haar eerdere gunningsbeslissing d.d. 23 december 2019 in, en neemt zij een nieuwe gunningsbeslissing ingevolge waarvan zij de inschrijving van Noot op perceel I om bovengenoemde reden als ongeldig terzijde legt.

Noot is het hier niet mee eens en heeft naar aanleiding daarvan BVO DRAN gedagvaard in het hieronder te bespreken kort geding.

Het geschil

In de onderhavige procedure vordert Noot een verbod voor BVO DRAN om perceel I aan W-dK te gunnen, de gunningsbeslissing d.d. 22 januari 2020 in te trekken en perceel I aan Noot te gunnen.

Wezenlijke wijziging inschrijving Noot

Volgens de voorzieningenrechter heeft BVO DRAN op 23 december 2013 Noot in de gelegenheid gesteld haar inschrijving op perceel I in het kader van “klein herstel” te corrigeren. Daarbij was één van de voorwaarden dat Noot haar inschrijftarief ongewijzigd liet. Hoewel Noot bij de gecorrigeerde inschrijving haar inschrijftarief ongewijzigd heeft gelaten, heeft zij de daaraan ten grondslag liggende open calculatie volledig herzien, waardoor de totale kosten en vergoedingen van BVO DRAN significant zouden worden verhoogd. De voorzieningenrechter overweegt dat dit “herstel” van de open calculatie een zodanig ingrijpende wijziging vormt, dat deze moet worden aangemerkt als een wezenlijke wijziging van de inschrijving van Noot, hetgeen in aanbestedingsrechtelijke zin niet is toegestaan.

Volgens de voorzieningenrechter moet aan Noot weliswaar worden toegegeven dat inschrijvers op het onderdeel “prijs” uitsluitend gerangschikt worden op het ingediende inschrijftarief en dat in zoverre het niet relevant is of de open calculatie na het sluiten van de inschrijftermijn al dan niet wezenlijk zou worden gewijzigd. Echter, het doel van de open calculatie was dat BVO DRAN inzicht kreeg in de wijze waarop de aangeboden prijs per beladen uur was gebaseerd in het kader van de voorgeschreven duurzaamheidseisen. Op basis daarvan moet worden aangenomen dat de open calculatie mede bepalend is voor gunning van de opdracht, aldus de voorzieningenrechter. Nu BVO DRAN een hoger bedrag per jaar kwijt zou zijn voor de uitvoering van de opdracht dan voor het herstel van de open calculatie het geval zou zijn geweest, concludeert de voorzieningenrechter dat sprake is van een ontoelaatbare wijziging van de inschrijving van Noot.

Combinatiebeperking als gunningscriterium laten vervallen

BVO DRAN heeft de percelen D en H definitief gegund aan W-dK. Nu de inschrijving van Noot op perceel I ongeldig is verklaard, resteren er – met inachtneming van de combinatiebeperking als opgenomen in de aanbestedingsleidraad – geen inschrijvers aan wie perceel I kan worden gegund. Om die reden heeft BVO DRAN de combinatiebeperking als gunningscriterium laten vervallen en perceel I alsnog aan W-dK gegund. Noot voert dienaangaande aan dat sprake is van strijdigheid met het transparantie- en gelijkheidsbeginsel.

De voorzieningenrechter constateert dat BVO DRAN de combinatiebeperking heeft laten vervallen, hetgeen erop neerkomt dat zij haar gunningscriteria gedurende de aanbestedingsprocedure heeft gewijzigd. Het wijzigen van gunningscriteria gedurende de aanbestedingsprocedure is in beginsel niet geoorloofd. De voorzieningenrechter oordeelt echter dat in de specifieke omstandigheden van het onderhavige geval niet valt in te zien dat het verval van de combinatiebeperking als gunningscriterium door BVO DRAN, op één of andere manier in strijd is met de beginselen van het aanbestedingsrecht en de mededinging heeft verstoord ten nadele van gegadigden voor de opdracht. Het is concreet niet aannemelijk geworden dat inschrijvers zonder de combinatiebeperking wezenlijk anders op de opdracht zouden

hebben ingeschreven dan dat zij thans hebben gedaan, aldus de voorzieningenrechter. Voornoemde leidt ertoe dat moet worden geconcludeerd dat geen sprake is van strijd met het transparantie- en gelijkheidsbeginsel door de combinatiebeperking als gunningscriterium gedurende de aanbestedingsprocedure te laten vervallen. In de specifieke omstandigheden van dit geval stond het BVO DRAN vrij perceel I aan W-dK te gunnen.

Beslissing

De voorzieningenrechter wijst de vorderingen van Noot af.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

NOOT TOURINGCAR EDE B.V.,

gevestigd te Ede,

eiseres,

advocaat mr. B. Braat te Amsterdam,

tegen

de publiekrechtelijke rechtspersoon

DOELGROEPENVERVOER REGIO ARNHEM-NIJMEGEN,

zetelend te Arnhem,

gedaagde,

advocaat mr. E.E. Zeelenberg te Nijmegen,

waarin heeft gevorderd als tussenkomende partij, althans als voegende partij aan de zijde van BVO DRAN te worden toegelaten:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

WILLEMSSEN-DE KONING GROEP B.V.,

gevestigd te Arnhem,

advocaten mrs. O. de Wit en J.M.E. Yilmaz te Amsterdam,

Partijen zullen hierna Noot, BVO DRAN en W-dK worden genoemd.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

In de hoofdzaken en in de incidenten tot tussenkomst, althans voeging

Met nummer 20-8

- de dagvaarding met producties 1 tot en met 16
- de eerste akte wijziging eis met aanvullende producties 17 tot en met 19 van Noot
- de tweede akte wijziging eis van Noot
- de producties 1 tot en met 12 van BVO DRAN
- de aanvullende productie 13 van BVO DRAN

– de incidentele conclusie tot tussenkomst, althans voeging met producties 1 tot en met 3 van W-dK

Met nummer 20-54

– de dagvaarding met producties 1 tot en met 12
– de akte wijziging van eis van Noot
– de producties 1 tot en met 12 van BVO DRAN
– de nagezonden productie 13 van BVO DRAN
– de incidentele conclusie van tussenkomst, althans voeging met producties 1 tot en met 3 van W-dK

Met nummers 20-8 en 20-54

– de mondelinge behandeling van 25 februari 2020
– de pleitnota van Noot
– de pleitnota van BVO DRAN
– de pleitnota van W-dK.
1.2. Ten slotte is in beide zaken vonnis bepaald.

2. De feiten

In de hoofdzaken en in de incidenten tot tussenkomst, althans voeging

2.1. BVO DRAN heeft op 9 september 2019 onder andere de Europese openbare aanbestedingsprocedure voor “inkoop routegebonden vervoer AVAN (RGV)” in de markt gezet. In de aanbestedingsleidraad staat onder meer het volgende vermeld:

“(…)

1.1. Algemeen

(…) De huidige overeenkomsten lopen af op 31 juli 2020. Reden van deze aanbestedingsprocedure is komen tot nieuwe overeenkomsten. Ingaande 1 augustus 2020 start deze opdracht. Gelet op de diverse ontwikkelingen die we gezamenlijk met u willen oppakken is ons voornemen om een samenwerking aan te gaan voor de duur van 10 jaren (augustus 2020 t/m juli 2030) te verdelen in een initiële periode van 4 jaren en verlengingsopties van telkens twee jaar.

De AD heeft de opdracht voor routevervoer opgedeeld in 9 (negen) percelen. Eén Inschrijver kan in beginsel maximaal drie percelen verwerven. Vanwege de omvang zijn voor de percelen E, H en I combinatiebeperkingen opgelegd. Eén Inschrijver krijgt maximaal één van deze percelen gegund en kan daarbij maximaal één van de percelen A, B, C, D, F of G gegund krijgen. (...)

1.3. Ontwikkelingen

De AD zoekt partners die het vervoer, binnen de gegeven kaders, uitstekend verzorgen. Daarnaast gaan we een partnership aan, waarin we samenwerken ten aanzien van nieuwe ontwikkelingen en ruimte creëren voor innovatie. (...)

Op weg naar zero emissie (from well to wheel) doelgroepenvervoer in 2030

Er is de nadrukkelijke eis om in de contractperiode ‘zero emissie binnen het doelgroepenvervoer’ te realiseren. In de initiële periode wordt ingezet op het vergroten van de duurzaamheid. (...)

Aansluitend aan de initiële periode wordt fors ingezet op ‘zero emissie in het doelgroepenvervoer’ waarbij gekozen is om verlenging(en) mede af te laten hangen van technische ontwikkelingen en financiële haalbaarheid. (...)

Financiële gevolgen van ontwikkelingen

Ontwikkelingen zijn gericht op kwaliteitsverbetering en kostenbeheersing. Ontwikkelingen worden in samenwerking met u projectmatig in gang gezet. (...)

Belangrijke graadmeter voor de financiële ontwikkelingen hierbij is de ontwikkeling van de verhouding tussen kosten en opbrengsten en de (on)mogelijkheid om de verhouding in balans te brengen. Als startpunt voor de gesprekken over kosten- en opbrengsten wordt de open calculatie gebruikt die u als onderdeel van het prijsinvalformulier bij de Inschrijving dient te voegen. (...)

3.6. Technische bekwaamheid – referentie-eis (...)

A	B	C*	D
Perceel	Indicatieve omzet per jaar	Referentievolume per jaar	Omzet kleinschalig personenvervoer per jaar
A RV Zuid	€ 725.000	€ 326.250	€ 2.175.000
B RV Zuid	€ 700.000	€ 315.000	€ 2.100.000
C RV Zuid	€ 850.000	€ 382.500	€ 2.550.000
D RV Zuid	€ 775.000	€ 348.750	€ 2.325.000
E RV West	€ 1.900.000	€ 855.000	€ 5.700.000
F RV Oost	€ 800.000	€ 360.000	€ 2.400.000
G RV Oost	€ 1.000.000	€ 450.000	€ 3.000.000
H RV Noord	€ 2.250.000	€ 1.012.500	€ 6.750.000
I RV Noord	€ 1.650.000	€ 742.500	€ 4.950.000

(...)

5.4. Subgunningscriterium prijs

(...)

Inschrijftarief

Inschrijver is verplicht zijn tarief in euro (excl. BTW tot twee decimalen achter de komma) op het daarvoor ter beschikking gestelde en bijgevoegde prijzenblad in te vullen. Eveneens is hij verplicht de open calculatie met reële prijzen (zie punt 29 van paragraaf 2.1) in te vullen en het tarief daarin op te nemen. (...) Instructies voor het

invullen van de open calculatie is bijgevoegd als Inschrijfformulier 2c.

(...)

Alle kosten dienen verdisconteerd te zijn in het tarief. (...) Een niet volledig en/of correct ingevuld prijzenblad kan leiden tot uitsluiting.

6. *Bepalen rangorde, perceeltoekenning en voorlopige gunning*

Aan de hand van de totaalscore worden Inschrijvers per perceel in een voorlopige rangorde geplaatst. (...)

Combinatiebeperking bij toekenning percelen

Een Inschrijver kan in beginsel maximaal drie percelen verwerven. Hierop zijn de volgende uitzonderingen van toepassing.

1. De percelen E, H en I worden elk aan verschillende Inschrijvers gegund (...).

2. De Inschrijver die een van de percelen E, H of I gegund krijgt kan maximaal één ander perceel gegund krijgen (dus totaal maximaal 2 percelen).

Werkwijze toekenning percelen

a. Inschrijvers als eerste in rangorde en eerste voorkeur krijgen de betreffende percelen voorlopig gegund.

b. Inschrijvers die op basis van eerste in rangorde en eerste voorkeur een perceel gegund hebben gekregen (a) en voor een tweede perceel als eerste in rangorde staan met tweede voorkeur krijgen dit perceel voorlopig gegund. Uitzondering is als hierdoor een combinatie van de percelen E, H en/of I ontstaat. Is dat het geval dan wordt de Inschrijver voor het perceel van de tweede voorkeur als laatste op de ranglijst geplaatst en schuiven de overige Inschrijvers op dat perceel een plaats naar boven.

(...)

2.2. Bijlage 2c van de aanbestedingsleidraad vermeldt onder meer het volgende:

“Bijlage 2c Open calculatie - invulinstructie

Deze open calculatie maakt integraal onderdeel uit van het prijsinvalformulier en dient u geheel in te vullen. Behalve het door u opgegeven tarief worden ook de door u in te vullen onderdelen door de AD getoetst op marktconformiteit. Als het opgegeven tarief of de ingevulde onderdelen als niet marktconform worden beschouwd vindt verificatiegesprek hierover plaats en kan dit leiden tot uitsluiting (...).

Het doel van deze open calculatie is:

– Transparante onderbouwing van uw tarief in kader marktconforme aanbesteding

– Inzichtelijk maken mogelijke kostenconsequenties bij implementatie ontwikkelingen

– Bepalen van de productiekilometer per beladen uur (in kader duurzaamheid)

(...)

2.3. Noot, W-dK en een aantal andere partijen hebben tijdig op meerdere percelen van de opdracht ingeschreven. BVO DRAN heeft deze inschrijvingen vervolgens beoordeeld. Naar aanleiding van die beoordeling heeft BVO DRAN op 28 november 2019 aan Noot een bericht gestuurd met de volgende inhoud:

“Bij uw inschrijving voor het routegebonden voer heeft u inschrijfformulier 2b Open Calculatie bijgevoegd.

Deze open calculatie maakt integraal onderdeel uit van het prijsinvalformulier en dient u geheel in te vullen. Behalve het door u opgegeven tarief worden ook de door u in te vullen onderdelen door de AD getoetst op marktconformiteit.

Bij toetsing op volledigheid is gebleken dat u betreffende perceel I enkele kolommen niet of niet volledig heeft ingevuld. Voor zover wij kunnen constateren betreft het de kolommen F en L. Dit zijn de kolommen die betrekking hebben op het doorbelasten van de vaste voertuigkosten.

Wij bieden u de mogelijkheid aan dit in het kader van klein herstel te corrigeren en daartoe een nieuw inschrijfformulier 2b in te dienen. De voorwaarde hierbij is, dat uw inschrijftarief ongewijzigd blijft en wij het inschrijfformulier uiterlijk dinsdag 3 december 2019 om 10.00 uur hebben ontvangen.”

2.4. Noot heeft vervolgens op 2 december 2019 een nieuwe open calculatie naar BVO DRAN gestuurd, waarin diverse bedragen zijn gewijzigd ten opzichte van de eerste calculatie, maar waarin het tarief voor de productiekilometers per beladen uur ongewijzigd is gebleven.

2.5. Bij brief van 23 december 2019 heeft BVO DRAN haar voorlopige gunningsbeslissing aan Noot kenbaar gemaakt. Deze brief vermeldt onder meer het volgende:

(...)

Uw inschrijving wordt niet toegelaten tot de mededinging. Onze motivatie zetten we hieronder uiteen.

Beoordeling op rechtsgeldigheid

Onderzoek reële prijzen calculatieblad

Uit onderzoek op de prijsaspecten, weergegeven in uw open calculatie, constateert de AD dat er sprake is van ongebruikelijk hoge prijzen, althans

van een ongebruikelijk hoge prijs, die ernstig afwijken (afwijkt) van de prijzen die in de branche gebruikelijk zijn. De door u gehanteerde prijs voor een CNG-rolstoelbus (...) wordt als irreëel gekwalificeerd.

De overige inschrijvingen hanteren allen een veel lagere prijs voor een CNG-rolstoelbus. Deze inschrijvingen vormen gezamenlijk een adequaat beeld van de gebruikelijke brancheprijzen. Het verschil met een gemiddelde waarde ten opzichte van uw prijs is ruim 300%. (...)

Daarnaast constateert de AD dat het door u ingevulde prijzenbladen zijn voorzien van productiekilometers per week en beladen uren per week. Vanuit het prijzenblad genereert dit de productiekilometers per beladen uur (PK per BU). Dit betreft een normgetal dat door de AD na gunning wordt gehanteerd voor de monitoring of u voldoet aan de gestelde eisen in het kader van duurzaamheid. Het normgetal (PK per BU) verschilt overmatig groot met in de markt gebruikelijke kengedaten. Bovendien resulteert dit in een gemiddelde snelheid per productie uur van ongeveer 10 kilometer per uur. Dit wordt door de AD als irreëel en onrealistisch gekwalificeerd. Bovendien is het gegenereerde normgetal niet meer maatgevend voor het adequaat monitoren van de eisen van duurzaamheid.

Behalve het controleren van de marktconforme tarieven is de open calculatie ook bedoeld om eventuele prijseffecten voor kostenontwikkelingen met u te monitoren. De door u opgegeven irreële tarieven voor de rolstoelbus op CNG (maar ook voor de elektrische rolstoelbus) in combinatie met de door u ingevulde kwantiteiten in de open calculatie maken het problematisch zo niet onmogelijk om nu en bij toekomstige ontwikkelingen te gebruiken.

(...)

Gevolg van voornoemde constatering is dat uw inschrijving als irreële inschrijving wordt uitgesloten van deze aanbesteding.

Combinatiebeperking

(...)

Allereerst zijn, zoals in de Leidraad beschreven, alle inschrijvingen in relatie tot de toe te kennen percelen in voorlopige rangorde geplaatst mét toepassing van de combinatiebeperking. Met toepassing van voornoemde regels kon één perceel, perceel I, niet worden toebedeeld. Om perceel I te kunnen toewijzen heeft de AD ervoor moeten kiezen de combinatiebeperking ten aanzien van

dit perceel te laten vervallen. Vervolgens is de regel toegepast dat dit perceel (perceel I) aan de hoogst scorende als eerste in de rangorde wordt toegekend en is op basis daarvan de uiteindelijke rangorde bepaald.

(...)

2.6. BVO DRAN heeft op basis van haar brief van 23 december 2019 perceel I voorlopig gegund aan W-dK. Noot kon zich daarmee niet verenigen. Naar aanleiding daarvan heeft tussen BVO DRAN en Noot op 8 januari 2020 een gesprek plaatsgevonden, waarbij beide partijen hun standpunten hebben kunnen toelichten. Dit gesprek heeft er niet (direct) toe geleid dat BVO DRAN is teruggekomen op haar voorlopige beslissing tot gunning. 2.7. Noot heeft BVO DRAN vervolgens op 10 januari 2020 gedagvaard in kort geding. Dit kort geding is bij deze rechtbank bekend onder zaaknummer 20-8.

2.8. Bij brief van 22 januari 2020 heeft BVO DRAN aan Noot een tweede brief gestuurd, met als onderwerp “herziening van de afwijzingsbeslissing voor routegebonden vervoer perceel I”. Deze brief vermeldt onder meer het volgende: “(...)

Herziening afwijzingsbeslissing

Ter voorbereiding van dit kort geding heeft de AD de gang van zaken tijdens de aanbesteding en uw inschrijving nogmaals goed bekeken. Daarbij heeft de AD geconstateerd dat uw inschrijving een aantal ongeldigheden bevat die de AD nog niet heeft medegedeeld in de brief van 23 december 2019. Onder het aanbieden van onze excuses voor deze gang van zaken, wenst de AD dit te corrigeren door de mededeling van de gunningsbeslissing d.d. 23 december 2019 aan u in te trekken ten aanzien van perceel I van de aanbesteding routegebonden vervoer en u hierbij te voorzien van een nieuwe mededeling van de gunningsbeslissing voor perceel I. Uiteraard krijgt u daarbij ook een nieuwe bezwaartermijn, (...).

Beoordeling op rechtsgeldigheid

Omdat u de gevraagde ‘open calculatie’ niet compleet had ingevuld met de gevraagde gegevens, heeft u op 28 november 2019 de kans gekregen om op grond van zogenaamd ‘klein herstel’ de ontbrekende gegevens (kolommen F en L) alsnog toe te voegen, zonder uw aanbieding te wijzigen.

Ontoelaatbare wijziging inschrijving

De nieuwe open calculatie die u vervolgens op 2 december 2019 heeft verstrekt, betreft een nagevoegde volledig herziene open calculatie die sub-

stantieel verschilt van de open calculatie die bij uw inschrijving was gevoegd. (...)

Dit valt niet onder klein herstel, maar betreft een poging om uw inschrijving na sluiting van de inschrijftermijn alsnog aan te passen. Dit is aanbestedingsrechtelijk niet toegestaan. Reeds om deze reden verklaart de AD uw inschrijving op perceel I ongeldig.

Overschrijding maximaal aantal toelaatbare inzetdagen per week

(...)

Praktisch gezien kan een voertuig per week (...) maar maximaal 7 inzetdagen hebben. In uw (nieuwe) open calculatie overschrijdt u dit maximaal aantal toelaatbare inzetdagen. (...)

Onderzoek reële prijzen calculatieblad

Als aangegeven in de afwijzingsbeslissing d.d. 23 december 2019 kwalificeert de AD de door u gehanteerde prijs voor een CNG-rolstoelbus (...) als irreëel. (...)

Overmatig groot normgetal (PK per BU)

Ook hetgeen in de brief d.d. 23 december 2019 is opgenomen ten aanzien van het normgetal (PK per BU) dat overmatig verschilt handhaaft de AD als reden voor terzijdelegging van uw inschrijving. (...)

Bovenstaande omstandigheden vormen ieder afzonderlijk en zeker tezamen reden om uw inschrijving op perceel I als ongeldig terzijde te leggen.

Combinatiebeperking

De AD handhaaft haar beslissing om ten aanzien van perceel I de combinatiebeperking te laten vervallen. De hierover in de brief van 23 december 2019 opgenomen tekst dient u als hier herhaald en ingelast te beschouwen.

(...)"

2.9. Noot kan zich ook met deze voorlopige gunningsbeslissing niet verenigen en heeft naar aanleiding daarvan BVO DRAN opnieuw gedagvaard in kort geding. Deze zaak is bij de rechtbank bekend onder nummer 20-54.

3. Het geschil

1n de zaak met nummer 20-8

3.1. Noot vordert - na wijziging van eis - bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, voor zover de voorzieningenrechter meent dat aan de gunningsbeslissing RGV van 22 januari 2020 geen werking toekomt en moet worden uitgegaan van het eerdere gunningsvoornemen RGV van 23 december 2019:

primair

I BVO DRAN te verbieden om tot gunning van perceel I aan W-dK over te gaan;

II BVO DRAN te gebieden om het voornemen tot gunning (en voor zover volgens de voorzieningenrechter noodzakelijk de herziening RGV van 22 januari 2020) in te trekken;

III BVO DRAN te gebieden om, voor zover BVO DRAN perceel I nog wenst te vergeven, perceel I te gunnen aan Noot;

subsidiair

IV BVO DRAN te verbieden om tot gunning van perceel I aan W-dK over te gaan;

V BVO DRAN te gebieden om het voornemen tot gunning (en voor zover volgens de voorzieningenrechter noodzakelijk de herziening RGV van 22 januari 2020) in te trekken;

VI BVO DRAN te gebieden om, voor zover BVO DRAN perceel I nog wenst te vergeven, conform paragraaf 3.7 van de aanbestedingsleidraad RGV de controle uit te voeren bij Noot - voor zover BVO DRAN dat wenst - en indien Noot voldoet of BVO DRAN ervoor kiest zo een controle niet uit te voeren, perceel I te gunnen aan Noot; meer subsidiair

VII BVO DRAN te verbieden om tot gunning van perceel I aan W-dK over te gaan;

VIII BVO DRAN te gebieden om het voornemen tot gunning (en voor zover volgens de voorzieningenrechter noodzakelijk de herziening RGV van 22 januari 2020) in te trekken;

IX BVO DRAN te gebieden, voor zover BVO DRAN perceel I nog wenst te vergeven, de verificatie ten aanzien van de open calculatie zoals beschreven in de aanbestedingsstukken alsnog uit te voeren bij Noot en daarna een nieuw voornemen tot gunning te uiten met een nieuwe 20 dagen bezwaartermijn;

meer meer subsidiair

X BVO DRAN te verbieden om tot gunning van perceel I aan W-dK over te gaan;

XI BVO DRAN te gebieden om het voornemen tot gunning (en voor zover volgens de voorzieningenrechter noodzakelijk de herziening RGV van 22 januari 2020) in te trekken;

XII BVO DRAN te gebieden perceel I opnieuw aan te besteden, voor zover BVO DRAN perceel I nog wenst te vergeven;

XIII BVO DRAN te gebieden, voor zover BVO DRAN is toegestaan een onderhandelingsprocedure conform de artikelen 2.32 tot en met 2.37 Aanbestedingswet (Aw) te volgen en als zij daar-

voor kiest, Noot voor die procedure uit te nodigen;

uiterst subsidiair

XIV een maatregel te treffen die de voorzieningenrechter in goede justitie passend acht en die recht doet aan de belangen van Noot;

in alle gevallen

XV BVO DRAN te veroordelen in de proces- en nakosten, te vermeerderen met wettelijke rente;

XVI waarbij elke veroordeling/gebod en verbod aan BVO DRAN wordt opgelegd op straffe van een direct opeisbare dwangsom van € 50.000,00.

3.2. BVO DRAN voert verweer en concludeert 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.

In het incident tot tussenkomst, althans voeging

3.4. W-dK vordert bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

in het incident

I toe te staan dat W-dK in het kort geding wordt toegelaten als tussenkomende partij, en subsidiair in het geding wordt toegelaten als voegende partij aan de zijde van BVO DRAN, met veroordeling van Noot in de kosten van het incident, te vermeerderen met wettelijke rente;

in de hoofdzaak

II Noot niet-ontvankelijk te verklaren in haar vorderingen, althans de vorderingen van Noot af te wijzen;

III BVO DRAN te gebieden - voor zover zij perceel I nog wenst te vergeven - perceel I overeenkomstig de gunningsbeslissing van 23 december 2019 te gunnen aan W-dK en over te gaan tot het sluiten van een overeenkomst met W-dK terzake voor perceel I;

IV voor zover de vorderingen van W-dK worden afgewezen en die van Noot worden toegewezen, te bepalen dat BVO DRAN een eventueel spoedappel moet afwachten alvorens tot eventuele gunning na een herbeoordeling over te gaan;

V Noot te veroordelen in de proces- en nakosten, te vermeerderen met wettelijke rente.

3.5. Noot en BVO DRAN voeren geen verweer tegen de vordering tot tussenkomst. Wel voert Noot verweer tegen de vorderingen in de hoofdzaak en concludeert tot afwijzing daarvan.

3.6. Op de stellingen van partijen zal hierna, voor zover voor de beoordeling van dit geschil van belang, worden ingegaan.

In de zaak met nummer 20-54

3.7. Noot vordert - na wijziging van eis - bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

primair

I BVO DRAN te verbieden om tot gunning van perceel I aan W-dK over te gaan;

II BVO DRAN te gebieden om het voornemen tot gunning (de herziening RGV en eventueel - indien volgens de voorzieningenrechter noodzakelijk - het gunningsvoornemen RGV) in te trekken;

III BVO DRAN te gebieden om, voor zover BVO DRAN perceel I nog wenst te vergeven, perceel I te gunnen aan Noot;

subsidiair

IV BVO DRAN te verbieden om tot gunning van perceel I aan W-dK over te gaan;

V BVO DRAN te gebieden om het voornemen tot gunning (de herziening RGV en eventueel - indien volgens de voorzieningenrechter noodzakelijk - het gunningsvoornemen RGV) in te trekken;

VI BVO DRAN te gebieden om, voor zover BVO DRAN perceel I nog wenst te vergeven, conform

paragraaf 3.7 van de aanbestedingsleidraad RGV de controle uit te voeren bij Noot - voor zover BVO DRAN dat wenst - en indien Noot voldoet of BVO DRAN ervoor kiest zo een controle niet uit te voeren, perceel I te gunnen aan Noot;

meer subsidiair

VII BVO DRAN te verbieden om tot gunning van perceel I aan W-dK over te gaan;

VIII BVO DRAN te gebieden om het voornemen tot gunning (de herziening RGV en eventueel - indien volgens de voorzieningenrechter noodzakelijk - het gunningsvoornemen RGV) in te trekken;

IX BVO DRAN te gebieden, voor zover BVO DRAN perceel I nog wenst te vergeven, de verificatie ten aanzien van de open calculatie zoals beschreven in de aanbestedingsstukken alsnog uit te voeren bij Noot en daarna een nieuw voornemen tot gunning te uiten met een nieuwe 20 dagen bezwaartermijn;

meer meer subsidiair

X BVO DRAN te verbieden om tot gunning van perceel I aan W-dK over te gaan;

XI BVO DRAN te gebieden om het voornemen tot gunning (de herziening RGV en eventueel - indien volgens de voorzieningenrechter noodzakelijk - het gunningsvoornemen RGV) in te trekken;

XII BVO DRAN te gebieden perceel I opnieuw aan te besteden, voor zover BVO DRAN perceel I nog wenst te vergeven;

XIII BVO DRAN te gebieden, voor zover BVO DRAN is toegestaan een onderhandelingsprocedure conform de artikelen 2.32 tot en met 2.37 Aw te volgen en zij daarvoor kiest, Noot voor die procedure uit te nodigen;

uiterst subsidiair

XIV een maatregel te treffen die de voorzieningenrechter in goede justitie passend acht en die recht doet aan de belangen van Noot;

in alle gevallen

XV BVO DRAN te veroordelen in de proces- en nakosten, te vermeerderen met wettelijke rente;

XVI waarbij elke veroordeling/gebod en verbod aan BVO DRAN wordt opgelegd op straffe van een direct opeisbare dwangsom van € 50.000,00.

3.8. BVO DRAN voert verweer en concludeert tot afwijzing van de vorderingen.

3.9. Op de stellingen van partijen zal hierna, voor zover voor de beoordeling van dit geschil van belang, worden ingegaan.

In het incident tot tussenkomst, althans voeging

3.10. W-dK vordert bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

in het incident

I toe te staan dat W-dK in het kort geding wordt toegelaten als tussenkomende partij, en subsidiair in het geding wordt toegelaten als voegende partij aan de zijde van BVO DRAN, met veroordeling van Noot in de kosten van het incident, te vermeerderen met wettelijke rente;

in de hoofdzaak

II Noot niet-ontvankelijk te verklaren in haar vorderingen, althans de vorderingen van Noot af te wijzen;

III BVO DRAN te gebieden - voor zover zij perceel I nog wenst te vergeven - perceel I overeenkomstig de gunningsbeslissing van (naar de voorzieningenrechter begrijpt)

22 januari 2020 te gunnen aan W-dK en over te gaan tot het sluiten van een overeenkomst met W-dK terzake voor perceel I;

IV voor zover de vorderingen van W-dK worden afgewezen en die van Noot worden toegewezen, te bepalen dat BVO DRAN een eventueel spoedappel moet afwachten alvorens tot eventuele gunning na een herbeoordeling over te gaan;

V Noot te veroordelen in de proces- en nakosten, te vermeerderen met wettelijke rente.

3.11. Noot en BVO DRAN voeren geen verweer tegen de vordering tot tussenkomst. Wel voert Noot verweer tegen de vorderingen in de hoofdzaak en concludeert tot afwijzing daarvan.

3.12. 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

In de incidenten tot tussenkomst, althans voeging

4.1. Noot en BVO DRAN hebben geen verweer gevoerd tegen de tussenkomst van W-dK en bovendien heeft W-dK een rechtstreeks en in rechte te erkennen belang om als tussenkomende partij in het geding te komen, omdat W-dK de inschrijver is aan wie de aanbestedende dienst voornemens is perceel I te gunnen. Daarom zal W-dK worden toegelaten als tussenkomende partij in de procedures met zaaknummers 20-8 en 20-54.

4.2. Noot en BVO DRAN zullen in de kosten van de incidenten worden veroordeeld, welke kosten tot op heden worden begroot op nihil.

In de hoofdzaak met nummer 20-8

4.3. Noot heeft alle vorderingen in deze procedure, na twee wijzigingen van eis, voorwaardelijk ingesteld voor zover de voorzieningenrechter zou menen dat aan de tweede voorlopige gunningsbeslissing van 22 januari 2020 geen werking toekomt en moet worden uitgegaan van de eerste voorlopige gunningsbeslissing van 23 december 2019. Geconstateerd moet worden dat BVO DRAN haar eerste gunningsvoornemen op 22 januari 2020 heeft ingetrokken naar aanleiding van door Noot daartegen geuite bezwaren in de aan BVO DRAN betekende dagvaarding en in dezelfde brief een nieuw gunningsvoornemen heeft geuit. BVO DRAN heeft Noot (ook) in het kader van haar nieuwe gunningsvoornemen van 22 januari 2020 een bezwaartermijn van twintig dagen geboden. Aangenomen moet worden dat het BVO DRAN als aanbestedende dienst onder deze omstandigheden vrij stond haar eerste gunningsvoornemen in te trekken. BVO DRAN heeft er niet voor gekozen haar gunningsvoornemen op enig moment aan te vullen met gronden voor ongeldigverklaring maar om een geheel nieuwe gunningsbeslissing te nemen, zodat, anders dan Noot betoogt, geen sprake is van strijd met het (bepaalde in het) Staat/KPN-arrest (HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9233 (Staat/KPN)). Op dit moment zal dan ook worden uitge-

gaan van de voorlopige gunningsbeslissing van 22 januari 2020. Bij deze stand van zaken moet worden geconstateerd dat de voorwaarde waaronder Noot haar vorderingen in dit kort geding wenste in te stellen niet is vervuld, zodat de vorderingen als niet ingesteld dienen te worden beschouwd en aan de beoordeling daarvan niet zal worden toegekomen.

4.4. Het voorgaande leidt er in beginsel toe dat Noot in de proceskosten dient te worden veroordeeld. In dit kort geding echter heeft BVO DRAN haar eerste gunningsvoornemen, waartegen dit kort geding met nummer 20-8 zich richt, eerst na het uitbrengen van de dagvaarding ingetrokken. Vaststaat dat tegen dat gunningsvoornemen binnen de aanbestedingsrechtelijke termijn voor effectieve rechtsbescherming moest worden opgekomen en dat Noot de daarmee gepaard gaande kosten aldus voorafgaand aan het moment van intrekking heeft moeten maken. Nu BVO DRAN op eigen initiatief het eerste gunningsvoornemen heeft ingetrokken en een nieuw gunningsvoornemen heeft geuit, heeft zij de grond aan het eerste kort geding ontnomen en zijn de kosten die Noot voor het eerste kort geding heeft gemaakt node-loos veroorzaakt. BVO DRAN zal daarom tot betaling van die proceskosten worden veroordeeld, conform het reguliere liquidatietarief aan de zijde van Noot tot op heden begroot op:

- explootkosten € 83,38
- griffierecht € 656,00
- salaris advocaat € 980,00

Totaal € 1.719,38

De gevorderde wettelijke rente en nakosten zullen worden toegewezen als na te melden.

4.5. De proceskosten aan de zijde van W-dK worden in dit kort geding tot op heden begroot op nihil.

In de hoofdzaak met nummer 20-54

4.6. De spoedeisendheid van de vorderingen vloeit voldoende uit de stellingen van Noot voort.

4.7. Noot vordert in deze procedure primair een verbod voor BVO DRAN perceel I aan W-dK te gunnen, de voorlopige gunningsbeslissing van 22 januari 2020 in te trekken en, voor zover BVO DRAN perceel I nog wenst te gunnen, dat aan Noot te doen.

4.8. Vaststaat dat Noot, W-dK en Munckhof als enige drie inschrijvers op perceel I van de opdracht hebben ingeschreven. Bij de beoordeling van deze inschrijvingen heeft BVO DRAN gecon-

stateerd dat Noot de open calculatie die onderdeel uitmaakt van het prijsinvulformulier van de inschrijving op het moment van indiening niet volledig had ingevuld, omdat de doorbelasting van de voertuigkosten in de kolommen F en L ontbrak. BVO DRAN heeft Noot vervolgens in de gelegenheid gesteld die onvolledigheid in het kader van “klein herstel” te corrigeren door de betreffende kolommen alsnog in te vullen, waarbij als één van de voorwaarden is gesteld dat het inschrijftarief bij gebruikmaking van die geboden mogelijkheid ongewijzigd moest blijven. Noot heeft van deze gelegenheid gebruik gemaakt en tijdig een herstelde open calculatie ingediend. Na beoordeling van de inschrijving met de herstelde versie van de open calculatie heeft BVO DRAN de inschrijving van Noot ongeldig verklaard. Uit de voorlopige gunningsbeslissing van 22 januari 2020 volgt dat de voornaamste reden daarvoor is dat Noot een nagenoeg volledig herziene open calculatie heeft ingediend die substantieel verschilt van de open calculatie die bij de inschrijving was gevoegd. Uit de overgelegde open calculaties volgt dat Noot bij gebruikmaking van de haar geboden mogelijkheid tot herstel niet slechts de kolommen F en L alsnog heeft ingevuld, maar tevens diverse overige bedragen en onderdelen heeft gewijzigd om op die manier tot eenzelfde kilometerprijs per beladen uur te komen waarin zij ditmaal wel de voertuigkosten heeft doorbelast, wat zij in de eerste calculatie had nagelaten. Geconstateerd moet worden dat dit ertoe heeft geleid dat, hoewel met de aangebrachte wijzigingen de kilometerprijs per beladen uur onderaan de streep ongewijzigd is gebleven, de totale kosten per jaar voor BVO DRAN met circa € 900.000,00 zijn verhoogd en de totale vergoedingen per jaar met circa € 650.000,00. Dit “herstel” van de open calculatie vormt een zodanig ingrijpende wijziging daarvan dat het om redenen als hierna verder te bespreken als wezenlijke wijziging van de inschrijving van Noot na het sluiten van de inschrijftermijn moet worden aangemerkt, hetgeen in aanbestedingsrechtelijke zin niet toelaatbaar is.

4.9. Aan Noot moet weliswaar worden toegegeven dat op basis van de systematiek in de aanbestedingsleidraad inschrijvingen wat betreft het onderdeel prijs uitsluitend gerangschikt worden op het tarief van de kilometerprijs per beladen uur en het aldus in zoverre in beginsel niet relevant is of de overige ingevulde velden van de open calculatie na het sluiten van de inschrijftermijn al dan

niet wezenlijk worden gewijzigd indien, zoals hier, de kilometerprijs per beladen uur gelijk blijft, maar dat neemt niet weg dat BVO DRAN als aanbestedende dienst nu eenmaal inzage verlangde in de open calculatie om te kunnen nagaan waarop de aangeboden prijs per beladen uur is gebaseerd en vanwege de voorgenomen verduurzaming en nieuwe ontwikkelingen in het doelgroepenvervoer. In de aanbestedingsleidraad is de nadrukkelijke eis opgenomen om gedurende de contractperiode “zero emissie binnen het doelgroepenvervoer” te realiseren, in welk verband gedurende de initiële periode van de opdracht (van vier jaar) al wordt ingezet op het vergroten van de duurzaamheid. De financiële gevolgen van die ontwikkelingen zullen conform het bepaalde in de leidraad onderwerp van gesprek vormen tussen de gecontracteerde vervoerder(s) en BVO DRAN en als startpunt voor die gesprekken zal de open calculatie worden gebruikt die de inschrijver(s) als onderdeel van het prijsinvulformulier bij de inschrijving hebben ingediend. Uit de bij de aanbestedingsleidraad gevoegde invulinstructie van de open calculatie volgt verder meer specifiek dat het doel van de open calculatie is dat op transparante wijze wordt onderbouwd dat is ingeschreven met marktconforme tarieven, dat inzichtelijk wordt gemaakt wat de mogelijke kostenconsequenties zijn bij implementatie van ontwikkelingen gedurende de uitvoering van de opdracht en om te kunnen bepalen wat het tarief voor de productiekilometer per beladen uur is in het kader van de voorgeschreven duurzaamheidseisen. Op basis van dit alles moet worden aangenomen dat de open calculatie in zijn geheel mede bepalend is voor gunning van de verschillende percelen van de opdracht en voor de uiteindelijke uitvoering daarvan. Nu BVO DRAN zoals hiervoor onder 4.7. reeds weergegeven bovendien een (substantieel) hoger bedrag per jaar kwijt zou zijn voor de uitvoering van perceel I door Noot dan voor herstel van de open calculatie het geval zou zijn geweest, moet worden geconcludeerd dat sprake is van een ontoelaatbare wijziging van de inschrijving van Noot na sluiting van de inschrijftermijn. Dat leidt ertoe dat BVO DRAN de inschrijving van Noot als ongeldig terzijde heeft mogen leggen, zoals zij heeft gedaan. In het midden kan vervolgens blijven of de inschrijving van Noot reeds ongeldig had moeten worden verklaard vanwege het feit dat zij op het moment van inschrijving een niet volledig ingevulde open calcu-

latie heeft ingediend en wat er verder zij van de overige gronden voor afwijzing in dit en in het eerdere gunningsvoornemen van 23 december 2019.

4.10. Bij deze stand van zaken moet worden geconstateerd dat thans twee geldige inschrijvingen voor perceel I resteren, te weten die van W-dK en Munckhof. Deze partijen zijn na beoordeling van hun inschrijvingen door BVO DRAN daartegen niet opgekomen, zodat van de juistheid van die beoordelingen dient te worden uitgegaan. Op basis daarvan is W-dK in de rangorde als eerste geëindigd en Munckhof als tweede. Vaststaat dat de aanbestedingsleidraad een combinatiebeperking bevat, op grond waarvan een inschrijver in beginsel maximaal drie percelen kan verwerven. Daarop geldt een uitzondering voor de percelen E, H en I, die elk aan verschillende inschrijvers dienen te worden gegund, waarbij verder nog is bepaald dat indien een inschrijver één van de percelen E, H of I krijgt gegund, die inschrijver nog maximaal één ander perceel gegund kan krijgen, dus in totaal maximaal twee in plaats van drie percelen. De bijbehorende systematiek is zo dat indien een inschrijver op meerdere percelen heeft ingeschreven en na beoordeling ten aanzien van meerdere van die percelen op de eerste plaats is geëindigd, wordt gegund op basis van door die inschrijver opgegeven voorkeuren voor bepaalde percelen. Gebleken is dat W-dK (in ieder geval) heeft ingeschreven op de percelen D, H en I en na beoordeling ten aanzien van al deze drie percelen op de eerste plaats is geëindigd. Op basis van opgegeven voorkeuren heeft W-dK inmiddels de percelen D en H definitief gegund gekregen en vanwege de in de aanbestedingsleidraad voorgeschreven combinatiebeperking voor de percelen E, H en I, komt W-dK derhalve niet (ook) in aanmerking voor gunning van perceel I. Conform de geldende systematiek is de inschrijving van W-dK daarom onderaan de ranglijst geplaatst en is de inschrijving van Munckhof een plaats naar boven geschoven. Dat heeft erin geresulteerd dat op dat moment de inschrijving van Munckhof op de eerste plaats stond. Munckhof heeft echter naast perceel I (in ieder geval) ook op perceel E van de opdracht ingeschreven en heeft op basis van de uitgeoefde beoordeling en opgegeven voorkeuren perceel E ook gegund gekregen. Conform de geldende systematiek heeft dat ertoe geleid dat ook de inschrijving van Munckhof op haar beurt onderaan de ranglijst is geplaatst, met als gevolg dat de eerste

plaats voor de inschrijving van W-dK op perceel I is herleefd, nu de inschrijving van Noot ongeldig is verklaard. Geconstateerd moet worden dat met inachtneming van de combinatiebeperking en bijbehorende systematiek die BVO DRAN heeft voorgeschreven, op dit moment geen inschrijvers resteren aan wie perceel I kan worden gegund. De gunningscriteria verzetten zich daartegen.

4.11. BVO DRAN heeft in deze situatie willen voorzien door in de aanbestedingsleidraad (onder andere) op te nemen dat indien de voorgenomen gunning om wat voor reden dan ook niet leidt tot een definitieve gunning van een perceel, zij zich het recht voorbehoudt om conform de artikelen 2.32 tot en met 2.37 Aw een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking te volgen. In het geval zich die situatie voordoet, kan een inschrijver volgens de leidraad meer dan het maximaal toegestane aantal percelen gegund krijgen. Artikel 2.32 lid 1 onder a Aw bepaalt onder meer dat de aanbestedende dienst de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging kan toepassen indien bij toepassing van de openbare of niet-openbare procedure geen of geen geschikte inschrijvingen zijn ingediend. Geconstateerd moet worden dat zich in het onderhavige geval geen situatie voordoet waarin daarvan sprake is, nu W-dK en Munckhof beiden geldig op perceel I van de opdracht hebben ingeschreven. Het bepaalde in artikel 2.32 Aw dient strikt te worden uitgelegd, zodat de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging door BVO DRAN in het kader van de onderhavige aanbesteding niet kan worden toegepast. In dat geval kan worden overgestapt naar de zogenaamde mededingingsprocedure met onderhandeling als bedoeld in de artikelen 3.30 juncto 3.28 Aw. Op grond van artikel 2.28 lid 1 onder b Aw kan de aanbestedende dienst de mededingingsprocedure met onderhandeling toepassen met betrekking tot (onder andere) diensten waarvoor in het kader van een openbare of niet-openbare procedure uitsluitend onregelmatige of onaanvaardbare inschrijvingen zijn ingediend. Als onregelmatige inschrijvingen moet onder meer worden aangemerkt inschrijvingen die niet voldoen aan de vereisten in de aanbestedingsstukken, die te laat zijn binnengekomen, waarbij aantoonbaar sprake is van ongeoorloofde afspraken of corruptie, of die door de aanbestedende dienst als abnormaal laag zijn beoordeeld. Onaanvaardbare inschrijvingen zijn onder meer inschrijvingen van inschrijvers die niet aan de

gestelde geschiktheidseisen voldoen of waarvan de prijs het door de aanbestedende dienst begrote bedrag, vastgesteld en gedocumenteerd vóór aanvang van de aanbestedingsprocedure, overschrijft. Geconstateerd moet worden dat BVO DRAN de inschrijvingen van W-dK en Munckhof niet op bovenstaande gronden ongeldig heeft verklaard, zodat van onregelmatige of onaanvaardbare inschrijvingen in de onderhavige aanbesteding niet kan worden gesproken. Aangenomen moet worden dat het enkele feit dat de inschrijvingen vanwege de door BVO DRAN voorgeschreven combinatiebeperking niet tot gunning van perceel I kunnen leiden, geen grond is waarop alsnog tot die conclusie kan worden gekomen. Daarom kan ook de mededingingsprocedure met onderhandeling door BVO DRAN niet worden toegepast.

4.12. Dit doet de vraag rijzen hoe nu verder. Geconstateerd moet worden dat BVO DRAN op het moment dat zij tot de conclusie kwam dat perceel I vanwege de voorgeschreven combinatiebeperking niet zou kunnen worden gegund die beperking met bijbehorende systematiek heeft laten vervallen. Dit komt neer op het laten vervallen van een gunningscriterium, wat betekent dat BVO DRAN haar gunningscriteria gedurende de aanbestedingsprocedure heeft gewijzigd. Het wijzigen van gunningscriteria gedurende de aanbestedingsprocedure is in beginsel niet geoorloofd. Een transparante en objectieve gunningssystematiek vormt immers de belangrijkste waarborg voor een gelijke behandeling van de inschrijvers, doordat de keuzevrijheid van de aanbestedende dienst wordt beperkt tot de uitkomst van een vooraf bekendgemaakt beoordelingsproces (HvJ EG 29 april 2004, C-496/99 (*Succhi di Frutta*)). In de specifieke omstandigheden van het onderhavige geval valt echter niet in te zien dat het verval van de combinatiebeperking als gunningscriterium op één of andere manier in strijd met de beginselen van het aanbestedingsrecht de mededinging heeft verstoord ten nadele van (potentiële) gegadigden voor de opdracht. De systematiek in deze aanbestedingsprocedure is zo dat inschrijvers op alle percelen van de opdracht mochten inschrijven en daarbij hun voorkeur kenbaar konden maken voor de percelen die zij het liefst gegund zouden willen krijgen, met het oog op de voorgeschreven combinatiebeperking. In het kader van dit systeem waren de inschrijvers op het moment van inschrijven allerminst zeker dat zij

één of meerdere perceel/percelen gegund zouden krijgen en zo ja, welk perceel of welke percelen dat dan zouden zijn. Het is met inachtneming daarvan concreet niet aannemelijk geworden dat inschrijvers zonder de combinatiebeperking wezenlijk anders op de opdracht zouden hebben ingeschreven dan dat zij thans hebben gedaan. Het was in het belang van alle inschrijvers om op het moment van inschrijving een zo goed mogelijk aanbod te doen om op basis daarvan een zo gunstig mogelijke positie op de (voorlopige) ranglijst(en) te verkrijgen, om op die manier zoveel mogelijk percelen op basis van opgegeven voorkeuren gegund te krijgen. Het loslaten van de combinatiebeperking heeft enkel tot gevolg dat de rangorde tussen de geldige inschrijvingen voor perceel I opnieuw wordt bepaald. Aangenomen moet worden dat het enkel een theoretische kans is dat indien de combinatiebeperking niet was gesteld ook andere partijen op perceel I van de opdracht zouden hebben ingeschreven of inschrijvers die al wel op perceel I hebben ingeschreven een wezenlijk andere inschrijving zouden hebben gedaan. De voorzieningenrechter is van oordeel dat het bij deze stand van zaken niet zo kan zijn dat enkel op basis van deze theoretische kans BVO DRAN kan worden gedwongen tot heraanbesteding van perceel I over te gaan. Het gaat Noot, wier inschrijving op goede gronden ongeldig is verklaard, er kennelijk om een heraanbesteding af te dwingen zodat zij opnieuw mee kan dingen. In een dergelijk geval mag van een ongeldig verklaarde inschrijver in ieder geval worden verlangd dat hij concreet en onderbouwd duidelijk maakt dat er een gereede kans is dat anders zou zijn ingeschreven indien de later vervallen eis van meet af aan helemaal niet was gesteld.

4.13. Dit leidt ertoe dat moet worden geconcludeerd dat geen sprake is van strijd met het transparantie- en gelijkheidsbeginsel door de combinatiebeperking als gunningscriterium gedurende de aanbestedingsprocedure te laten vervallen. Aangenomen moet daarom worden dat het BVO DRAN vrij staat perceel I van de opdracht aan de inschrijver die bij de beoordeling ten aanzien van dit perceel als eerste is geëindigd te gunnen, zijnde W-dK. De primaire vorderingen van Noot strekkende tot een verbod voor BVO DRAN de opdracht aan W-dK te gunnen, de voorlopige gunningsbeslissing van 22 januari 2020 in te trekken en, indien zij perceel I nog wenst te gunnen, dat aan Noot te doen, zullen daarom worden afge-

wezen. Nu ook de subsidiaire, meer subsidiaire, meer meer subsidiaire en uiterst subsidiaire vorderingen van Noot erop gericht zijn een verbod te verkrijgen voor gunning van de opdracht aan W-dK, zullen ook deze vorderingen worden afgewezen en behoeven deze geen afzonderlijke bespreking meer.

4.14. Afwijzing van de vorderingen van Noot leidt tot toewijzing van de vorderingen van W-dK, strekkende tot een gebod voor BVO DRAN om, voor zover zij perceel I nog wenst te vergeven, perceel I overeenkomstig de voorlopige gunningsbeslissing van 22 januari 2020 te gunnen aan W-dK en over te gaan tot het sluiten van een overeenkomst met W-dK terzake van perceel I. Daarmee is niet aan de voorwaardelijke vordering van W-dK onder III voldaan, zodat aan de behandeling van deze vordering niet zal worden toegekomen.

4.15. Noot zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. Deze kosten worden aan de zijde van BVO DRAN en W-dK ieder afzonderlijk tot op heden begroot op:

- griffierecht € 656,00
- salaris advocaat € 980,00

Totaal € 1.636,00

4.16. De gevorderde nakosten en wettelijke rente zullen worden toegewezen als na te melden.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

In de zaak met nummer 20-8

In het incident tot tussenkomst

5.1. laat W-dK toe als tussenkomende partij in het kort geding van Noot tegen BVO DRAN,

5.2. veroordeelt Noot en BVO DRAN tot betaling van de proceskosten in het incident tot tussenkomst, aan de zijde van W-dK tot de uitspraak van dit vonnis begroot op nihil,

In de hoofdzaak

5.3. verstaat dat de voorwaarde waaronder Noot haar vorderingen heeft ingesteld niet is vervuld,

5.4. veroordeelt BVO DRAN tot betaling van de proceskosten, aan de zijde van Noot tot de uitspraak van dit vonnis begroot op € 1.719,38, waarin begrepen € 980,00 aan salaris advocaat, te vermeerderen met de wettelijke rente over deze kosten vanaf de vijftiende dag na de datum van dit vonnis,

5.5. veroordeelt BVO DRAN in de kosten die aan de zijde van Noot zijn ontstaan na dit vonnis, begroot op € 157,00 aan salaris advocaat, als niet

binnen veertien dagen na aanschrijving aan dit vonnis is voldaan, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW met ingang van de vijftiende dag na die aanschrijving tot de dag van betaling en € 82,00 aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van dit vonnis, als er vervolgens betekening heeft plaatsgevonden, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW met ingang van de vijftiende dag na de betekening van dit vonnis tot de dag van betaling,

5.6. veroordeelt BVO DRAN tot betaling van de proceskosten, aan de zijde van W-dK tot de uitspraak van dit vonnis begroot op nihil,

5.7. verklaart deze veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad,

In de zaak met nummer 20-54

In het incident tot tussenkomst

5.8. laat W-dK toe als tussenkomende partij in het kort geding van Noot tegen BVO DRAN,

5.9. veroordeelt Noot en BVO DRAN tot betaling van de proceskosten in het incident tot tussenkomst, aan de zijde van W-dK tot de uitspraak van dit vonnis begroot op nihil,

In de hoofdzaak

5.10. wijst de vorderingen van Noot ten aanzien van BVO DRAN af,

5.11. verstaat het bepaalde onder 5.10. als toewijzing van de vordering onder II van W-dK, en gebiedt BVO DRAN, voor zover zij perceel I nog wenst te vergeven, perceel I overeenkomstig de voorlopige gunningsbeslissing van 22 januari 2020 te gunnen aan W-dK en over te gaan tot het sluiten van een overeenkomst met W-dK terzake van perceel I;

5.12. verstaat dat de voorwaarde waaronder W-dK haar vordering III heeft ingesteld niet is vervuld,

5.13. veroordeelt Noot tot betaling van de proceskosten, aan de zijde van BVO DRAN tot de uitspraak van dit vonnis begroot op € 1.636,00, waarin begrepen € 980,00 aan salaris advocaat, te vermeerderen met de wettelijke rente over deze kosten vanaf de vijftiende dag na de datum van dit vonnis,

5.14. veroordeelt Noot tot betaling van de proceskosten, aan de zijde van W-dK tot de uitspraak van dit vonnis begroot op € 1.636,00, waarin begrepen € 980,00 aan salaris advocaat, te vermeerderen met de wettelijke rente over deze kosten vanaf de vijftiende dag na de datum van dit vonnis,

5.15. veroordeelt Noot in de kosten die aan de zijde van BVO DRAN zijn ontstaan na dit vonnis, begroot op € 157,00 aan salaris advocaat, als niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan dit vonnis is voldaan, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW met ingang van de vijftiende dag na die aanschrijving tot de dag van betaling en € 82,00 aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van dit vonnis, als er vervolgens betekening heeft plaatsgevonden, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW met ingang van de vijftiende dag na de betekening van dit vonnis tot de dag van betaling,

5.16. veroordeelt Noot in de kosten die aan de zijde van W-dK zijn ontstaan na dit vonnis, begroot op € 157,00 aan salaris advocaat, als niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan dit vonnis is voldaan, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW met ingang van de vijftiende dag na die aanschrijving tot de dag van betaling en € 82,00 aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van dit vonnis, als er vervolgens betekening heeft plaatsgevonden, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW met ingang van de vijftiende dag na de betekening van dit vonnis tot de dag van betaling,

5.17. verklaart deze veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

Theoretische kans op een gewijzigd speelveld is onvoldoende voor onrechtmatigheid bij ecartering van een gunningscriterium; concretisering vereist!

De voorzieningenrechter van de Rechtbank Gelderland heeft op 10 maart 2020 een vonnis gewezen waarin het de aanbestedende dienst werd toegestaan gedurende de aanbestedingsprocedure een gunningscriterium te laten vervallen.¹ Het vonnis biedt een aantal aardige gezichtspunten ten aanzien van het ecarteren van gunningsvoorwaarden gedurende de aanbestedingsprocedure en de daarbij spelende belangen.

1 V.zr. Rb. Gelderland 10 maart 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:1630.

Achtien gemeenten in de regio Arnhem-Nijmegen hebben zich ten behoeve van het vervoer in de regio van bijzondere doelgroepen verenigd in de publiekrechtelijke rechtspersoon Doelgroepenvervoer regio Arnhem-Nijmegen (hierna: "BVO DRAN"). Voor het regiovervoer had BVO DRAN een Europese openbare aanbestedingsprocedure georganiseerd, onderverdeeld in negen percelen (A t/m I). Eén inschrijver kon in principe maximaal drie percelen verwerven. Ten aanzien van percelen E, H en I gold een zogenaamde "combinatiebeperking". Vanwege de omvang van deze percelen mocht een inschrijver maximaal één van deze grote percelen gegund krijgen in combinatie met slechts één van de kleinere percelen.² Inschrijvers konden daarom voorkeurspercelen opgeven. Wij vermoeden dat BVO DRAN het vanwege de beheersbaarheid op voorhand niet verantwoord achtte een zodanige omvang van gecombineerde opdrachten bij één marktpartij onder te brengen.

Deze combinatiebeperking bleek zich uiteindelijk te wreken. Hoewel er voor perceel I drie inschrijvers waren, moest één inschrijving ongeldig worden verklaard³ en bleek de combinatiebeperking in de weg te staan aan gunning van dat perceel aan de resterende twee inschrijvers. Deze inschrijvers kwamen namelijk al in aanmerking voor gunning van perceel E en H. Om toch tot een (voorlopige) gunning te kunnen komen voor perceel I, liet BVO DRAN de combinatiebeperking vallen en werd het gunningsvoornemen geuit aan de partij die voor perceel I het hoogst in rangorde was geëindigd. De ongeldig verklaarde in-

schrijver maakte daarop een kort geding aanhangig, dat zich toespitste op de vraag of dit was toegestaan.

Uitgangspunt is dat wijziging van gunningsvoorwaarden gedurende de aanbesteding niet is geoorloofd.⁴ Alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure dienen op duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze te worden geformuleerd om het risico op willekeur en favoritisme uit te bannen.⁵ Zodoende wordt de keuzevrijheid van de aanbestedende dienst beperkt tot de uitkomst van het vooraf bekendgemaakte beoordelingsproces. Wijziging van gunningsvoorwaarden gedurende de procedure is slechts toegestaan, wanneer kan worden aangenomen dat – was de wijziging op voorhand bekend geweest – dit niet had geleid tot een speelveld met meer of andere gegadigden of had geleid tot gunning aan een andere inschrijver.⁶ Zou de wijziging wel hebben geleid tot een ander speelveld of andere uitkomst, moet de wijziging onrechtmatig worden geoordeeld. Er mogen aldus geen voorwaarden worden gewijzigd waarop marktpartijen hun afweging hebben gebaseerd om al dan niet deel te nemen aan de aanbesteding.

- 2 Op grond van art. 2.10 lid 3 Aw 2012 was de zogenaamde 'combinatiebeperking' in dit geval toegestaan.
- 3 Deze ongeldigheid was gelegen in het ná inschrijving door de desbetreffende inschrijver inhoudelijk wijzigen van het prijsformulier, terwijl BVO DRAN slechts "klein herstel" had toegelaten. In het vonnis wordt niet ingegaan op de vraag of dit herstel was toegelaten. Wij wijzen volledigheidshalve erop dat volgens vaste rechtspraak slechts een eenvoudige precisering, het rechtzetten van klaarblijkelijke materiële fouten of het wegnemen van een zuiver formele onzekerheid geoorloofd is (HvJ EU 29 maart 2012, ECLI:EU:C:2012:191 (SAG), r.o. 40 en HvJ EU 10 oktober 2013, ECLI:EU:C:2013:647 (Manova), r.o. 32). Aanvulling van prijsformulieren zal ons inziens in veel gevallen niet als zodanig kwalificeren.

- 4 HvJ EG 4 december 2003, ECLI:EU:C:2003:651 (Wienstrom), r.o. 93 en «JAAN» 2016/904 2 augustus 2016, red. art. mr. ir. M.B. Klijn en mr. M. de Vette.
- 5 HvJ EG 29 april 2004, C-496/99 (Succhi di Frutta), r.o. 110 – 111.
- 6 Blijkens Nederlandse jurisprudentie worden de gezichtspunten uit het *Pressetext*-arrest (HvJ EG 19 juni 2008, ECLI:EU:C:2008:351, zoals inmiddels vervat in art. 2.163g Aw 2012) ten aanzien van wezenlijke wijziging van de opdracht ná gunning veelal door rechters naar analogie ook toegepast op wijzigingen in de fase vóór gunning (zie bijvoorbeeld: Vzr. Rb. Den Haag 18 september 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:11407, r.o. 4.3, «JAAN» 2018/227, m.nt. mr. ir. M.B. Klijn). Wij merken op dat van de drie *Pressetext*-criteria in het bijzonder het eerste criterium zich daarvoor leent: de wijziging zou hebben geleid tot toelating van andere inschrijvers, of tot de keuze voor een andere offerte. Zo volgt ook (zij het zonder nadrukkelijke verwijzing naar *Pressetext*) uit HvJ EU 5 mei 2017, ECLI:EU:C:2017:266 (Borta UAB), r.o. 74, «JAAN» 2017/108, m.nt. mr. C.G. van Blaaderen. Zie ook: Vzr. Rb. Noord-Nederland 11 mei 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:2234, r.o. 4.10 – 4.12, «JAAN» 2016/147.

ding en waarop (de inhoud van) hun inschrijving is afgestemd.⁷

De voorzieningenrechter oordeelt dat in dit geval het vervallen van de combinatiebeperking niet leidt tot schending van de aanbestedingsbeginselen. Aangezien inschrijvers bij het doen van hun inschrijving allerm minst zeker waren dat zij één of meerdere percelen gegund zouden krijgen en zo ja, welke percelen dat dan zouden zijn, acht de voorzieningenrechter het niet aannemelijk dat inschrijvers zonder de combinatiebeperking wezenlijk anders op de opdracht zouden hebben ingeschreven. Enkel een “theoretische kans” dat ook andere partijen op perceel I zouden hebben ingeschreven, of dat inschrijvers die wel op perceel I hebben ingeschreven een wezenlijk andere inschrijving zouden hebben gedaan, is naar oordeel van de voorzieningenrechter onvoldoende om BVO DRAN te verplichten tot heraanbesteding van perceel I.⁸

Wij zijn het met de voorzieningenrechter eens dat een slechts theoretische kans op andere inschrijvingen, waarbij niet direct aanleiding bestaat te vermoeden dat partijen ook daadwerkelijk anders hadden ingeschreven, onvoldoende is om een aanbestedende dienst tot heraanbesteding te dwingen. De heraanbesteding zou dan vooral dienen als (oneigenlijke) herkansing voor de eisende partij. Toch kan in het onderhavige geval worden betwijfeld of van een enkel theoretische kans sprake was.⁹ Bij het kunnen verwerven van meerdere grotere percelen (in plaats van één groot perceel tezamen met één klein perceel, of drie kleine percelen), laat zich niet uitsluiten dat inschrijvers hun kansen en risico's anders hadden gewogen en hierop hun percelenvoorkeur en mogelijk ook hun prijs anders hadden afgestemd. Schaalvergroting kan immers leiden tot

een “overall” lager kostenniveau en daarmee een lagere prijsstelling.¹⁰

Dat een gereede kans bestond op andere inschrijvingen indien de combinatiebeperking van meet af aan niet was gesteld, heeft de eiser volgens de voorzieningenrechter onvoldoende concreet onderbouwd.¹¹ Wij achten het in dit geval – waarbij een op goede gronden ongeldig verklaarde inschrijver een heraanbesteding beoogde af te dwingen – niet onbegrijpelijk dat de voorzieningenrechter het aan de eiser overliet een dergelijke theoretische kans voldoende concreet te onderbouwen. Meer in zijn algemeenheid roept deze overweging echter wel de vraag op of het aan een eiser in kort geding mag worden overgelaten een theoretische kans zodanig concreet te onderbouwen. Daarmee verwordt hij in feite vertegenwoordiger van (de belangen van) alle niet bij de aanbesteding betrokken, maar potentieel wel benadeelde, marktpartijen.

De rechtsbescherming bij aanbesteding beperkt zich in veel gevallen slechts tot een beoordeling in kort geding. Daarbij geldt als uitgangspunt een afweging van de belangen van de procespartijen (art. 254 lid 1 Rv). De Aanbestedingswet beoogt de waarborging van bredere belangen, zoals optimale mededinging ten behoeve van eerlijke kansen voor marktpartijen en ten behoeve van het bereiken van “best value for money” voor de aanbestedende diensten.¹²

Wij signaleren dat in de jurisprudentie langzaam aan meer oog lijkt te bestaan voor deze bredere (procespartij-overstijgende) belangen. De Recht-

7 HVJ EU 10 mei 2012, ECLI:EU:C:2012:284 (*Max Havelaar*), r.o. 55. Zie ook: HvJ EU 5 mei 2017, ECLI:EU:C:2017:266, (*Borta UAB*), r.o. 70, «JAAN» 2017/108, m.nt. mr. C.G. van Blaaderen.

8 R.o. 4.12.

9 In tegenstelling tot bijvoorbeeld V.zr. Rb. Gelderland 15 december 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:6697, r.o. 4.6, «JAAN» 2018/44.

10 Tegelijkertijd beseffen wij ons dat, omdat een inschrijver op voorhand niet weet of en zo ja, welke combinatie van percelen hij gegund krijgt, zich moeilijk laat inschatten op welke wijze een inschrijver *in concreto* anders had ingeschreven. Dat zou bijvoorbeeld anders kunnen zijn indien een uitvraag was gedaan waarin een prijs voor zowel een combinatie aan percelen als per perceel had moeten worden afgegeven, in welk geval partijen nadrukkelijk rekenschap hebben kunnen geven voor het geval dat de combinatiebeperking zou vervallen.

11 R.o. 4.12.

12 Art. 1.4 lid 2 Aw 2012 spreekt van “het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen”.

bank Midden-Nederland oordeelde in 2019 bijvoorbeeld dat – hoewel de eiser zich in dat geding vanwege rechtsverwerking in beginsel niet meer kon beklagen over de handelwijze van de aanbestedende dienst¹³ – het rechtsverwerkingsverweer van de aanbestedende dienst toch werd gepasseerd. Dit omdat de (in dat geval evidente) onrechtmatigheid ook niet meer door andere partijen kon worden bestreden, met het onwenselijke gevolg dat een opdracht in de markt was gezet die in strijd was met het doel en de strekking van de aanbestedingsverplichting:

“doel en strekking van die aanbestedingsverplichting is dat de mededinging optimaal wordt bevorderd, opdat (kort gezegd) ‘de overheid’ (...) de opdracht kan geven aan de economisch meest voordelige inschrijving. (...) De overheid moet zorgvuldig omgaan met haar wettelijke verplichtingen, het uitgeven van overheidsgeld, en met de belangen van derden, en dat is nu allemaal in het geding.”¹⁴

Hoewel wij ten aanzien van de onderhavige zaak niet uitsluiten dat een meer dan enkel theoretische kans bestond dat zonder de combinatiebeperking andere inschrijvingen waren gedaan, kunnen wij ons goed vinden in de afwijzing van de gevorderde heraanbesteding. Uit de aanbestedingsstukken blijkt namelijk dat BVO DRAN had beoogd te voorzien in de mogelijkheid zo nodig meerdere percelen aan één partij te gunnen. Zij had zich het recht voorbehouden, indien de voorgenomen gunning niet leidde tot een definitieve gunning van een perceel, een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking te volgen (art. 2.32 Aw 2012), waaraan nadrukkelijk was toegevoegd dat een inschrijver dan wel meer dan het maximaal toegestane aantal percelen kon worden gegund.

Hoewel aan de criteria van art. 2.32 Aw 2012 niet was voldaan (er was immers geen sprake van

ongeschikte inschrijvingen op perceel I), volgt uit dit voorbehoud dat BVO DRAN niet koste wat kost de combinatiebeperking wenste te handhaven. Op basis hiervan was het inschrijvers kenbaar, althans had het kenbaar behoren te zijn, dat BVO DRAN de combinatiebeperking zou laten vallen als het betreffende perceel anders niet kon worden gegund. Overigens volgt dat ook uit de beoordelingssystematiek als zodanig. Op grond daarvan sloot een inschrijver die voor een bepaald perceel als eerste was geëindigd, maar op wie – vanwege een ander gewonnen perceel – de combinatiebeperking van toepassing was, onder in de rangorde weer aan. Deze inschrijver werd dus niet uitgesloten van verdere deelname, maar bleef voor dat perceel “in de race”. Zo kon de winnaar van perceel I, nadat hij reeds een ander perceel had gewonnen en dus eerst onderaan in de rangorde was geplaatst, toch weer boven komen drijven, toen de opvolgende (en enige andere) partij óók onderaan moest aansluiten vanwege de combinatiebeperking.

Achteraf beschouwd had de aanbestedingsleidraad moeten voorzien in een ondubbelzinnige en transparante regeling voor het vervallen van de combinatiebeperking wanneer deze in de weg zou staan aan gunning van een perceel. Gelet op de kennelijke bezwaren van BVO DRAN tegen het onderbrengen van meerdere grote percelen bij één opdrachtnemer, had BVO DRAN bijvoorbeeld kunnen voorschrijven dat bij het vervallen van de combinatiebeperking voorafgaand aan gunning een verificatiegesprek zou plaatsvinden met de winnende inschrijver. Dit om zeker te stellen dat deze inschrijver de omvang van de gecombineerde percelen aan kon. In dat geval hadden inschrijvers hoe dan ook rekening kunnen (en moeten) houden met het vervallen van de combinatiebeperking en kan van (ongeoorloofde) ecartering dan geen sprake zijn.

Conclusie en vuistregels voor de praktijk

De vaak goede intenties van de aanbestedende dienst ten spijt, kan ecartering van gunningsvoorwaarden gemakkelijk leiden tot uitvoerige discussies over de invloed daarvan op het speelveld, met een eventuele mislukte aanbesteding tot gevolg. Aanbestedende diensten doen er dan ook goed aan om ondubbelzinnig te voorzien in de mogelijkheid een dergelijke voorwaarde te laten vervallen, wanneer deze gunning algeheel

13 Het ging in dat geval niet om een onregelmatigheid in een op zich terecht gekozen aanbestedingsprocedure, maar om de vraag of de juiste aanbestedingsprocedure was gevolgd en er Europees had moeten worden aanbesteed.

14 V.zr. Rb. Midden-Nederland 27 maart 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:1299, r.o. 3.7, «JAAN» 2019/92, m.nt. mr. E.L.H. Snijders-van Erp.

onmogelijk zou maken. Klagende inschrijvers doen er op hun beurt goed aan om in kort geding bij (gestelde) onrechtmatige ecartering van gunningsvoorwaarden tot concreet mogelijk te onderbouwen dat – was deze wijziging op voorhand bekend geweest – aannemelijk is dat meer of andere partijen hadden inschreven of dat er inhoudelijk andere inschrijvingen waren gedaan.

mr. L.M. Engels
advocaat bouw- en aanbestedingsrecht bij Croon advocaten

mr. J. van de Giessen
advocaat bouw- en aanbestedingsrecht bij Croon advocaten

79

Vrees tot niet-nakoming ongegrond

Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam
10 maart 2020, nr. C/10/589331/KG ZA 20-16,
ECLI:NL:RBROT:2020:2253
(mr. A.F.L. Geerdes)

Niet-nakoming. Intrekking gunningsbeslissing. Uitvoering.

In augustus 2019 heeft de gemeente Schiedam (hierna: de gemeente) de aankondiging gedaan met betrekking tot een Europese openbare aanbesteding voor het ombouwen en onderhouden van parkeerautomaten (hierna: de opdracht). Doel van de aanbestedingsprocedure is het sluiten van een overeenkomst, voor onder meer het verrichten van onderhoudswerkzaamheden aan parkeerautomaten, ombouwwerkzaamheden voor pinterminals en werkzaamheden voor (het invoeren van) kentekenparkeren.

De in de gemeente aanwezige parkeerautomaten zijn van Cale Access AB (hierna: Cale); de rechtvoorganger van de producent Flowbird Sverige AB (hierna: Flowbird). Voor het uitvoeren van een deel van de opdracht zijn producten en diensten van Flowbird nodig.

Scheidt & Bachmann Parkeersystemen B.V. (hierna: SB) en Taxameter Centrale B.V. (hierna: TMC) hebben zich tijdig ingeschreven voor de aanbesteding. SB was op grond van een distributieover-

eenkomst met Cale tot 19 september 2019 in Nederland exclusief distributeur van Cale parkeerautomaten. Flowbird heeft met ingang van voornoemde datum de distributieovereenkomst met SB opgezegd ten gunste van TMC.

Bij brieven van 5 november 2019 heeft de gemeente aan SB en TMC meegedeeld dat SB de economisch meest voordelige inschrijving heeft gedaan en dat zij voornemens is de opdracht te gunnen aan SB. Bij brief van 7 november 2019 heeft TMC aan de gemeente meegedeeld dat SB volgens haar naar objectieve maatstaven niet kan voldoen aan de uitvraag, omdat SB sinds 19 september 2019 geen nieuwe functionaliteiten meer mag leveren.

De gemeente heeft SB verzocht om ondubbelzinnig en onvoorwaardelijk te verklaren dat zij alle verplichtingen die volgen uit de aanbestedingsstukken onverkort zal nakomen. Er heeft een bespreking plaatsgevonden tussen de gemeente en SB op 26 november 2019. SB heeft op 6 december 2019 per e-mail laten weten dat zij aan hun verplichtingen kan voldoen. De gemeente heeft bij brief van 12 december 2019 aan SB meegedeeld dat zij het voornemen tot gunning aan SB intrekt en dat zij voornemens is de opdracht te gunnen aan TMC.

Beoordeling

Beoordeeld dient te worden of de gemeente zich op goede gronden op het standpunt heeft gesteld dat SB mogelijk niet kan nakomen en of de (geobjectiveerde) vrees mag leiden tot intrekking van de gunningsbeslissing. Ter beoordeling ligt daarom voor op de gemeente zich op goede gronden op het standpunt heeft gesteld dat SB niet kan nakomen. Naar voorlopig oordeel is daarvan geen sprake.

Ter zitting hebben partijen uiteenlopende verklaringen afgelegd over de bespreking van 26 november 2019. Wie van partijen op dit punt gelijk heeft kan in het beperkte kader van kort geding niet worden vastgesteld.

Daarnaast komt het aan op de uitleg van de e-mail van 6 december 2019 van SB. Anders dan de gemeente ter zitting heeft betoogd heeft SB in haar verklaring van 6 december 2019 in ieder geval niet expliciet gesteld niet te kunnen nakomen.

Aangezien SB ter zitting heeft verklaard dat zij van TMC en van andere dealers van Flowbird de benodigde producten en diensten kan afnemen, bestaat naar het oordeel van de voorzieningenrechter