

**JAAN2015/110 Bilaterale gesprekken in periode tussen inschrijving en gunning, ...****Wetsbepaling(en):** Aanbestedingswet 2012 artikel 1.12**Ook gepubliceerd in:** ECLI:NL:RBROT:2015:2483, RVR 2015/69

Aflevering	2015 afl. 4
College	Rechtbank Rotterdam
Datum	25 maart 2015
Rolnummer	C/10/468266 / KG ZA 15-55
Rechter(s)	mr.De Bruin 1. De besloten vennootschap ForumInvest BV te Amsterdam, 2. de besloten vennootschap [Eiseres 2] te Dordrecht, advocaat mr. E.F. van Hasselt te Amsterdam, tegen
Partijen	3. de publiekrechtelijke rechtspersoon gemeente Lansingerland te Bergschenhoek, advocaten mr. G.W.A. van der Meent en mr. R.S. Damsma te Amsterdam, en met als tussenkomende, voegende partijen 4. de besloten vennootschap ABB Bouwgroep BV te Sliedrecht, 5. de besloten vennootschap [Gedaagde 3] te Voorburg, advocaten mr. M.C. Pinto en mr. O. Sleeking te Amsterdam.
Noot	<i>mr. dr. A.J. van Heeswijck</i>
Trefwoorden	Bilaterale gesprekken in periode tussen inschrijving en gunning, Geen sprake van toelichting/verduidelijking inschrijving, Schending van gelijkheids- en transparantiebeginsel
Regelgeving	Aanbestedingswet 2012 - 1.12 lid 1 en 2 ARW 2012 - 3.26 Algemene beginselen aanbestedingsrecht

**[JAAN 2015/110 Rechtbank Rotterdam, 25-03-2015, C/10/468266 / KG ZA 15-55, ECLI:NL:RBROT:2015:2483](#)****[Bilaterale gesprekken in periode tussen inschrijving en gunning, Geen sprake van toelichting/verduidelijking inschrijving, Schending van gelijkheids- en transparantiebeginsel](#)****»Samenvatting**

Gemeente Lansingerland start een nationale niet-openbare procedure voor verkoop van gronden voor de ontwikkeling en realisatie van winkelveorzieningen, woningen en parkeerveorzieningen in Berkel en Rodenrijs. Aanbestedingswet 2012 en ARW 2012 zijn van toepassing. F/Eiseres 2 en ABB/Gedaagde 3 zijn uitgenodigd om deel te nemen aan de gunningsfase. De gemeente deelt in november 2014 aan F/Eiseres 2 mee dat zij niet de economisch meest voordelige inschrijving heeft gedaan en dat de opdracht wordt gegund aan ABB/Gedaagde 3. F/Eiseres 2 start een kort geding.

Zij legt onder meer aan de voorzieningenrechter de vraag voor of het aanbestedingsrechtelijk geoorloofd is dat de gemeente voor de gunning een bilateraal gesprek heeft gevoerd met ABB/ Gedaagde 3 over haar inschrijving en heeft verzocht om de faseringen van de voorwaardelijke grondbiedingen te herformuleren.

De voorzieningenrechter overweegt als volgt. Het Hof Arnhem (7 augustus 2012, nr. 200.103.000, ECLI:NL:GHARN:2012:BX4609) heeft de vraag beantwoord in welk geval een aanbestedende dienst contact mag opnemen met de inschrijver, indien er bij de aanbestedende dienst vragen zijn gerezen over een inschrijving. Het hof betreft hierbij de vaste rechtspraak over de centrale beginselen van het aanbestedingsrecht (HvJ EU 29 april 2004, nr. C-496/99 *Succhi di Frutta* en HR 4 november 2005, NJ 2006, 204): het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel (art. 1.12 lid 1 en 2 Aanbestedingswet 2012).

Algemeen uitgangspunt is verder dat de aanbestedende dienst bij de beoordeling van de inschrijving(en) moet uitgaan van de inschrijving(en) zoals die bij het sluiten van de inschrijvingstermijn is (zijn) ontvangen. De bovengenoemde beginselen verzetten zich in beginsel tegen de mogelijkheid dat een inschrijver zijn inschrijving nadien nog wijzigt of aanvult. Volgens vaste rechtspraak (recentelijk HvJ EU 29 maart 2012, nr. C-599/10, SAG) kan in uitzonderlijke gevallen evenwel een uitzondering op het voormelde uitgangspunt worden gemaakt en kunnen inschrijvingen worden verbeterd of aangevuld, met name omdat deze klaarblijkelijk een eenvoudige precisering behoeven, of om kennelijke materiële fouten recht te zetten, mits deze wijziging er niet toe leidt dat in werkelijkheid een nieuwe inschrijving wordt voorgesteld. Verder moet aan de volgende voorwaarden zijn voldaan:

- in de uitoefening van zijn beoordelingsbevoegdheid moet de aanbestedende dienst de verschillende gegadigden gelijk en op loyale wijze behandelen;
- het verzoek om nadere toelichting mag slechts worden gedaan nadat de aanbestedende dienst kennis heeft genomen van alle inschrijvingen;
- het verzoek moet op vergelijkbare manier worden ingericht aan alle ondernemingen die in dezelfde situatie verkeren; en
- het verzoek moet alle punten van de inschrijving behandelen die onnauwkeurig zijn of niet overeenstemmen met de technische specificaties van het bestek.

Art. 3.26 ARW 2012 bepaalt dat besprekingen alleen met inschrijvers kunnen plaatsvinden met het oog op een verduidelijking van de inhoud van hun inschrijving en van de eisen van de aanbesteder, voor zover dit niet strijdig is met de beginselen van het aanbestedingsrecht. Onderhandelingen met inschrijvers over fundamentele punten van de opdracht, waarvan de wijziging de mededinging kan vervalsen, en met name over de prijzen, zijn niet toegestaan.

Uit de hiervoor aangehaalde rechtsnormen volgt dat grote terughoudendheid was geboden bij het benaderen door de gemeente van ABB/ Gedaagde 3 in de periode tussen inschrijving en gunning. De voorzieningenrechter heeft ter zitting aan de gemeente de vraag voorgelegd om welke reden zij in die periode bilaterale besprekingen heeft gevoerd met ABB/ Gedaagde 3. De gemeente heeft geantwoord dat zij toen al wist dat ABB/ Gedaagde 3 de aanbesteding ging winnen. Zij was geïnteresseerd in de facultatieve grondbieding van ABB/ Gedaagde 3 en had behoefte aan uitleg hierover. De voorzieningenrechter is voorshands van oordeel dat dit antwoord niet volstaat. De facultatieve grondbieding maakte geen onderdeel uit van de beoordeling van de inschrijving. Daarom kan – eigenlijk al per definitie – geen sprake meer zijn van een door de gemeente gewenste verduidelijking van de – voor de beoordeling meetellende – inschrijving van ABB/ Gedaagde 3. Het ging hier dus niet om een bespreking die als reden had dat een inschrijving klaarblijkelijk een eenvoudige precisering behoefde, noch om daarin een kennelijke materiële fout recht te zetten zonder dat dit er toe zou leiden dat in werkelijkheid een nieuwe inschrijving wordt voorgesteld. Aldus heeft de gemeente gehandeld in strijd met de hiervoor vermelde rechtsnormen.

De voorzieningenrechter verbiedt de gemeente om tot gunning aan ABB/ Gedaagde 3 over te gaan.  
beslissing/besluit

## »Uitspraak

### 1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding
- d- conclusie van antwoord van de gemeente Lansingerland
- de akte eisenwijziging van F/[eiseres2]
- de incidentele conclusie tot tussenkomst, subsidiair voeging, van ABB/[gedaagde3]
- de overgelegde producties
- de mondelinge behandeling
- de beslissing ter zitting om de vordering tot tussenkomst toe te staan
- de pleitnota van F/[eiseres2]
- de pleitnota van de gemeente Lansingerland

– de pleitnota van ABB/[gedaagde3].

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

## 2 De feiten

2.1. De gemeente Lansingerland heeft via een nationale niet-openbare procedure een verkoopprocedure van gronden voor de ontwikkeling en realisatie van winkelveorzieningen, woningen en parkeerveorzieningen in het centrum van Berkel en Rodenrijs in gang gezet. Na een selectietraject is F/[eiseres2] uitgenodigd deel te nemen aan de gunningfase.

2.2. De aanbestedingsprocedure is vastgelegd in een “Gunningleidraad.” Gunningcriterium is de economisch meest voordelige inschrijving. In hoofdstuk vier van de Gunningleidraad staan de gunningcriteria vermeld.

2.3. Met de inschrijving kunnen volgens onderdeel 4.5 van de Gunningleidraad maximaal 100 punten worden gescoord, waarvan 50 punten voor de geboden grondwaarde en 5 maal maximaal 10 punten voor vijf andere, kwalitatieve gunningcriteria.

2.4. Over de aanschaf van de grond waarop de ontwikkeling dient plaats te vinden door de partij aan wie het werk wordt gegund, maakt onderdeel 4.3 van de Gunningleidraad een onderscheid tussen een verplichte prijsopgave en een optionele prijsopgave, als volgt:

### **“4.3 Geboden grondwaarde**

*U wordt verzocht om een bieding te doen op de grond. De bieding dient te zijn gekoppeld aan het door u opgestelde schetsplan voor de locatie. Voor het indienen van de koopsom van de grond maakt de inschrijver gebruik van het inschrijfformulier zoals opgenomen in bijlage 4. Dit formulier dient in een gesloten enveloppe bij uw inschrijving te zijn gevoegd. De gemeente geeft u de gelegenheid om twee grondwaarden voor de gronden uit te brengen:*

*Verplichte opgave:*

*Opgave van de grondwaarde, waarbij het plangebied binnen 3 maanden na het onherroepelijk worden van het bestemmingsplan en het bouwrijp opleveren van het plangebied, de transactie (verkoop en koop) van de grond plaats vindt.*

*Optionele opgave:*

*Opgave van de grondwaarde, waarbij voor het plangebied een onherroepelijk bestemmingsplan beschikbaar is, en de transactie plaats vindt op het moment dat 70% van het te bouwen volume aan woningen en winkels is verkocht. Deze optie is facultatief voor zowel Gemeente als inschrijver en maakt daarom geen onderdeel uit van de beoordeling.*

*De gemeente maakt de afweging of zij bereid is risico te dragen in de afzet van de woningen en winkels. De gemeente zal uiteindelijk eenzijdig afwegen of zij uit wenst te gaan van het grondbod ‘Optionele opgave’ van de geselecteerde partij (die geselecteerd is op basis van de ‘verplichte opgave’). De optionele opgave is facultatief voor zowel Gemeente als inschrijver en maakt daarom geen onderdeel uit van de beoordeling, maar kan indien gemeente dat wenst onderdeel worden van de samenwerkingsovereenkomst.*

*Voor de beoordeling van de koopsom geldt dat de hoogst geboden prijs uitgaande van de verplichte opgave vergeleken wordt met de prijs van de overige inschrijvers. De aanbidding met de hoogste prijs voor de verplichte opgave krijgt het maximale aantal punten. Dit bedraagt 10 punten. De procentuele afwijking van de aanbidding ten opzichte van de hoogste prijs wordt in mindering gebracht op de te behalen punten.*

*In formulevorm: (prijs inschrijver/ hoogste prijs) x 10.*

*De op dit onderdeel door inschrijver behaalde score weegt voor 50% mee in de totaalscore.”*

2.5. F/[eiseres2] en ABB/[gedaagde3] hebben ingeschreven op de onderhavige aanbesteding. Na een selectietraject zijn F/[eiseres2] en ABB/[gedaagde3] uitgenodigd om deel te nemen aan de gunningfase.

2.6. De gemeente Lansingerland heeft bij brief van 20 november 2014 aan F/[eiseres2] medegedeeld dat:

- F/[eiseres2] niet de economisch meest voordelige inschrijving heeft gedaan,
- F/[eiseres2] zowel op de grondwaarde als op de totaalbeoordeling van de verschillende aspecten van het schetsplan slechter heeft gescoord, waarbij met name de grondwaarde de doorslag heeft gegeven in het eindresultaat,
- F/[eiseres2] op de tweede plaats is geëindigd van in totaal twee inschrijvingen,

- de gemeente Lansingerland voornemens is om de opdracht te gunnen aan ABB,
- F/[eiseres2] tot uiterlijk 15 december 2014 een kort gedingprocedure aanhangig kan maken indien zij zich niet in het gunningvoornemen kan vinden.

2.7. F/[eiseres2] heeft bij brief van 9 december 2014 aan de gemeente Lansingerland verzocht, met onder meer een beroep op de Wet openbaarheid van bestuur, om overlegging van een aantal stukken betreffende de aanbesteding alsmede om verlenging van de termijn waarbinnen een kort geding aanhangig dient te worden gemaakt.

2.8. De gemeente Lansingerland heeft bij brief van 11 december 2014 aan F/[eiseres2] de voormelde termijn waarbinnen een kort geding aanhangig moest worden gemaakt, verlengd tot 23 januari 2015 en medegedeeld dat aan het verzoek tot overlegging van stukken zal worden voldaan, na beoordeling op wettelijke mogelijkheid van verstrekking daarvan.

2.9. De gemeente Lansingerland heeft bij brief van 12 januari 2015 een aantal (deels onleesbaar gemaakte) stukken betreffende de aanbesteding doen toekomen aan F/[eiseres2].

### 3 Het geschil

3.1. F/[eiseres2] vordert, na eiswijziging, bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, om de gemeente Lansingerland:

Primair:

I. te verbieden om tot gunning aan ABB over te gaan;

II. te gebieden om het gunningsvoornemen van 20 november 2014 binnen 24 uur na betekening van het in dezen te wijzen vonnis in te trekken;

III. te gebieden, indien en voor zover de gemeente Lansingerland nog voornemens is de opdracht of een in hoofdlijnen hieraan gelijke opdracht te laten uitvoeren, deze binnen 4 weken na betekening van dit vonnis te gunnen aan F/[eiseres2];

Subsidiar:

IV. te gebieden de inschrijving van F/[eiseres2] met de inschrijving van ABB gedateerd 28 april 2014 opnieuw te laten beoordelen door een nieuwe aan te wijzen onafhankelijke externe en deskundige beoordelingscommissie (waarvan ten minste één jurist deel uitmaakt), met dien verstande dat de toetsing tevens inhoudt dat de inschrijvingen op kenbare wijze getoetst worden aan de uitsluitingsgronden en dat in de beoordeling van de inschrijving geen rekening mag worden gehouden met na de inschrijving ingediende stukken of gevoerd overleg;

V. te gebieden, indien uit de hiervoor bedoelde herbeoordeling blijkt dat de inschrijving van F/[eiseres2] de economisch meest voordelige inschrijving is, de opdracht te gunnen aan geen ander dan F/[eiseres2];

Primair en Subsidiar:

VI. alles op straffe van een aan F/[eiseres2] te verbeuren dwangsom van € 1.500.000,- ineens en vervolgens € 100.000,- voor iedere overtreding en per dag tot een maximum van € 5.000.000,- dan wel een door de voorzieningenrechter in goede justitie te bepalen bedrag voor iedere dag dat de gemeente Lansingerland hiermee geheel of gedeeltelijk in gebreke blijft;

VII. alsmede de gemeente Lansingerland te veroordelen in de kosten van dit geding, daaronder begrepen de nakosten, met bepaling dat, indien deze kosten niet binnen twee weken na dagtekening van het vonnis gewezen in onderhavige procedure zullen zijn voldaan, de gemeente Lansingerland daarover zonder nadere sommatie wettelijke rente zal zijn verschuldigd.

F/[eiseres2] stelt daartoe het volgende.

3.2. ABB deed (in het daartoe bestemde formulier) een hoger bod op de grond dan F/[eiseres2]. Het bod van ABB was echter niet geheel onvoorwaardelijk, terwijl de Gunningleidraad volledige onvoorwaardelijkheid vereist. In de toelichting die ABB heeft verstrekt bij dit formulier wordt een onderscheid gemaakt in zes te bouwen "blokken." Slechts ten aanzien van blok 6 wordt door ABB onvoorwaardelijke afname toegezegd. ABB voldoet dus niet aan de minimumvereisten en had om die reden moeten worden uitgesloten.

3.3. Volgens de Gunningleidraad zou de opdracht op 7 juli 2014 gegund worden door de gemeente Lansingerland en zou in de periode juli/ september 2014 de overeenkomst ondertekend worden. Deze termijn is niet gehaald. Het is F/[eiseres2] inmiddels gebleken dat de gemeente Lansingerland in de periode voorafgaand aan mededeling van de gunningsbeslissing op 4 september 2014 bilateraal overleg heeft gevoerd

met ABB over de inschrijving van ABB. Na deze bespreking heeft de gemeente Lansingerland op 17 september 2014 een brief gestuurd naar ABB met daarin het verzoek aan ABB om haar inschrijving te herformuleren. Het komt erop neer dat de gemeente Lansingerland na de sluiting van de inschrijving onderhandelingen heeft gevoerd met een inschrijver die ertoe hebben geleid dat een inschrijving wezenlijk is gewijzigd. Dit is aanbestedingsrechtelijk ongeoorloofd.

3.4. De gemeente Lansingerland voert verweer.

3.5. ABB vordert, voor zover tussenkomst is toegestaan, samengevat, om de vordering van F/[eiseres2] af te wijzen en om de gemeente Lansingerland te verbieden indien zij de opdracht wenst te verstrekken, deze opdracht te gunnen aan ABB.

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

## 4 De beoordeling

4.1. Het spoedeisend belang volgt uit de aard der zaak.

4.2. De voorzieningenrechter acht de schriftelijke eiswijziging van F/[eiseres2] niet in strijd met de goede procesorde, gelet op de aard en omvang daarvan en op het tijdstip waarop de eiswijziging is ingediend. Door de gemeente Lansingerland en ABB is daartegen ook geen bezwaar gemaakt.

4.3. In geding is onder meer de vraag of het aanbestedingsrechtelijk geoorloofd is dat de gemeente Lansingerland op 4 september 2014 een bilateraal gesprek heeft gevoerd met ABB/[gedaagde3] over de inschrijving van ABB/[gedaagde3] en op 17 september 2014 heeft verzocht om de faseringen van de voorwaardelijke grondbiedingen te herformuleren.

4.4. Bij de beoordeling zijn de navolgende rechtsnormen van belang.

4.5. Een aanbestedende dienst dient ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze te behandelen en voorts om transparant te handelen. Dit is onder meer vastgelegd in - het op nationale aanbestedingen toepasselijke - artikel 1.12, leden 1 en 2, Aanbestedingswet 2012.

4.6. Het Gerechtshof Arnhem heeft in zijn arrest van 7 augustus 2012 in de zaak ECLI:NL:GHARN:2012:BX4609 als volgt geoordeeld over de vraag in welk geval een aanbestedende dienst contact mag opnemen met de inschrijver indien er bij de aanbestedende dienst vragen zijn gerezen over een inschrijving:

*“Het hof stelt voorop dat volgens vaste rechtspraak (HvJ 29 april 2004, zaak C-496/99 (Succhi di Frutta) en HR 4 november 2005, NJ 2006, 204) het aanbestedingsrecht twee centrale beginselen kent: het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers en het daarvan afgeleide transparantiebeginsel. Het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers beoogt de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging tussen de aan de aanbestedingsprocedure voor een overheidsopdracht deelnemende ondernemingen te bevorderen en vereist dat alle inschrijvers bij het opstellen van het in hun offerte gedane voorstel dezelfde kansen krijgen: voor alle mededingers moeten dezelfde voorwaarden gelden. Het transparantie beginsel strekt, in samenhang daarmee, ertoe te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen en impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in het aanbestedingsbericht of in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, opdat enerzijds alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde wijze kunnen interpreteren, en anderzijds de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria die op de betrokken opdracht van toepassing zijn. Dat brengt niet alleen mee dat alle aanbieders gelijk worden behandeld, maar ook dat zij in gelijke mate, mede met het oog op een goede controle achteraf, een duidelijk inzicht moet hebben in de voorwaarden waaronder de aanbesteding plaatsvindt, zoals de selectiecriteria.*

*4.5 Algemeen uitgangspunt is verder dat de aanbestedende dienst bij de beoordeling van de inschrijving(en) moet uitgaan van de inschrijving(en) zoals die bij het sluiten van de inschrijvingstermijn is (zijn) ontvangen. De onder 4.4 genoemde beginselen van gelijke behandeling en transparantie verzetten zich in beginsel tegen de mogelijkheid dat een inschrijver zijn inschrijving nadien nog wijzigt of aanvult. Volgens vaste rechtspraak (recentelijk HvJ EU 29 maart 2012, zaak C-599/10 (SAG)) kan in uitzonderlijke gevallen evenwel een uitzondering op het voormelde uitgangspunt worden gemaakt en kunnen inschrijvingen worden verbeterd of aangevuld, met name omdat deze klaarblijkelijk een eenvoudige precisering behoeven, of om kennelijke materiële fouten recht te zetten, mits deze wijziging er niet toe leidt dat in werkelijkheid een nieuwe inschrijving wordt voorgesteld. Het verzoek van de aanbestedende dienst (in dit geval Alliander) moet verder*

aan de volgende voorwaarden voldoen:

- in de uitoefening van voormelde beoordelingsbevoegdheid moet de aanbestedende dienst de verschillende gegadigden gelijk en op loyale wijze behandelen;
- het verzoek om nadere toelichting mag slechts worden gedaan nadat de aanbestedende dienst kennis heeft genomen van alle inschrijvingen;
- het verzoek moet op vergelijkbare manier worden ingericht aan alle ondernemingen die in dezelfde situatie verkeren, en
- het verzoek moet alle punten van de inschrijving behandelen die onnauwkeurig zijn of niet overeenstemmen met de technische specificaties van het bestek. ”

4.7. Op de onderhavige, nationale aanbesteding is in beginsel van rechtswege toepasselijk het Aanbestedingsreglement Werken 2012 (hierna: ARW 2012), dit op grond van art. 1:22 lid 1 Aanbestedingswet 2012 juncto artikel 11 Aanbestedingsbesluit 2012. Afwijking van het ARW 2012 is toegestaan voor zover een aanbestedende dienst deze afwijking motiveert in de aanbestedingstukken (art. 1.22 lid 2 Aanbestedingswet 2012). De gemeente Lansingerland heeft niet gesteld dat zij op enig onderdeel gemotiveerd is afgeweken van het ARW 2012, zodat de voorzieningenrechter uit zal gaan van de integrale toepasselijkheid van het ARW 2012.

4.8. In het ARW 2012 bevat hoofdstuk 3 regels over de niet-openbare aanbesteding. Art. 3.26 van het ARW 2012 bepaalt:

“Verduidelijking van de inschrijving

#### 3.26.1

Op verzoek van de aanbesteder kunnen besprekingen met inschrijvers plaatsvinden met het oog op een verduidelijking van de inhoud van hun inschrijving en van de eisen van de aanbesteder, voor zover dit niet strijdig is met de beginselen van het aanbestedingsrecht. Onderhandelingen met inschrijvers over fundamentele punten van de opdracht, waarvan de wijziging de mededinging kan vervalsen, en met name over de prijzen, zijn niet toegestaan.”

4.9. Uit de hiervoor aangehaalde rechtsnormen volgt dat grote terughoudendheid was geboden bij het benaderen door de gemeente Lansingerland van ABB/[gedaagde3] in de periode tussen inschrijving en gunning.

4.10. De voorzieningenrechter heeft ter zitting aan de gemeente Lansingerland de vraag voorgelegd om welke reden de gemeente Lansingerland bilaterale besprekingen heeft gevoerd met ABB/[gedaagde3] op 4 september 2014. Dat was op een moment dat de inschrijving al had plaatsgevonden maar de gunningsbeslissing nog niet was genomen. Het antwoord van de gemeente Lansingerland laat zich aldus samenvatten, dat de gemeente Lansingerland toen al wist dat ABB/[gedaagde3] de aanbestedingsprocedure ging winnen, dat de gemeente Lansingerland geïnteresseerd was in de facultatieve grondbieding van ABB/[gedaagde3] en dat de gemeente Lansingerland behoefte had aan uitleg over deze facultatieve grondbieding. De voorzieningenrechter is voorshands van oordeel dat dit antwoord niet volstaat. De facultatieve grondbieding maakte geen onderdeel uit van de beoordeling van de inschrijving. Daarom kan - eigenlijk al per definitie - geen sprake meer zijn van een door de gemeente Lansingerland gewenste verduidelijking van de - voor de beoordeling meetellende - inschrijving van ABB/[gedaagde3]. Het ging hier dus niet om een bespreking die als reden had dat een inschrijving klaarblijkelijk een eenvoudige precisering behoefde, noch om daarin een kennelijke materiële fout recht te zetten zonder dat dit er toe zou leiden dat in werkelijkheid een nieuwe inschrijving wordt voorgesteld. Aldus heeft de gemeente Lansingerland gehandeld in strijd met de hiervoor vermelde rechtsnormen.

4.11. F/[eiseres2] is bovendien niet vooraf spontaan door de gemeente Lansingerland op de hoogte gesteld van deze bilaterale bespreking tussen de gemeente Lansingerland en ABB/[gedaagde3]. F/[eiseres2] is pas achteraf, na de gunningsbeslissing, bekend geraakt met het voeren van deze besprekingen. Ook toen is dat niet spontaan geschied. Daarvoor was een verzoek van F/[eiseres2], gebaseerd op de Wet openbaarheid van bestuur nodig. Evenmin is een verslag opgemaakt van deze bespreking tussen de gemeente Lansingerland en ABB. De vereiste transparantie is hier, naar voorlopig oordeel, niet direct in beeld.

4.12. In haar pleitnota (sub 32) heeft de gemeente Lansingerland erkend dat zij achteraf liever had gezien dat het gesprek met ABB/[gedaagde3] pas plaats zou hebben gevonden na de voorlopige gunning. De gemeente Lansingerland duidt hierbij het gesprek op 4 september 2014 aan als verificatiegesprek. Het was echter geen verificatiegesprek. Een verificatieprocedure strekt er toe om, eerst ná de gunning, nadere bewijsstukken op te

vragen bij de voorlopige winnaar van de aanbesteding. Aan dat stadium was hier nog niet toegekomen. Er was nog geen voorlopige winnaar, althans niet bekendgemaakt. Dat toen nog geen sprake was van een verificatiegesprek, blijkt ook wel uit de latere brief van de gemeente Lansingerland aan ABB van 20 november 2014, waarin wordt medegedeeld aan ABB dat zij de economisch meest voordelige inschrijving heeft gedaan. In die brief wordt ABB (eerst dan, na 20 november 2014) uitgenodigd voor een verificatiegesprek. De stellingname van de gemeente Lansingerland ter zitting rijmt dus niet met haar eigen eerdere correspondentie, hetgeen niet bijdraagt aan het oordeel dat transparant en zorgvuldig is gehandeld.

4.13. De procedurele onzorgvuldigheid die de gemeente Lansingerland heeft betracht en het gebrek aan transparantie daarbij rechtvaardigen een voorziening als na te melden.

4.14. Aan dit oordeel dragen verder bij de bewoordingen die de gemeente Lansingerland heeft gehanteerd in haar brief van 17 september 2014 aan ABB. In deze brief staat onder meer:

*“Wij spraken u reeds op donderdag 4 september 2014. Tijdens dit gesprek hebben wij aan u gevraagd om over de volgende zaken mee te denken:*

*1. De voorgestelde fasering. In de door u voorgestelde fasering - om te komen tot het eindbeeld van het plan - ziet de gemeente onvoldoende aansluiting met het bestaande centrum en zorgt de fasering voor een ‘gat’ tussen het nieuwe te ontwikkelen gebouw (i.c. Blok 1) aan de Berkelse Plas en het bestaande centrum Westerwater.*

*2. De voorwaardelijke grondbieding. De gemeente heeft in de aanbestedingprocedure opgenomen dat zij punten toekent aan een onvoorwaardelijke grondbieding. Wij hebben*

*Bovengenoemde (combinatie van) punten zorgen ervoor dat de gemeente zowel financieel als kwalitatief een groot risico loopt. Wij vragen of u bereid bent zowel de fasering als voorwaardelijke grondbieding te herformuleren om de risico’s evenwichtiger tussen beide partijen te verdelen.”*

De tekst van deze brief maakt -herhaaldelijk- een onderscheid tussen enerzijds het onderwerp de “voorwaardelijke grondbieding” en anderzijds het onderwerp “de voorgestelde fasering.” Het maken van dit onderscheid wijst er op dat in het gesprek op 4 september 2014 meer aan de orde is geweest dan alleen de voorwaardelijke grondbieding en dat, dus, ook gesproken is over de inschrijving van ABB/[gedaagde3] op een onderdeel dat wel meetelt voor de beoordeling. Ook wijzen de bewoordingen erop dat de gemeente Lansingerland hier verzoekt om de inschrijving van ABB/[gedaagde3] aan te passen, terwijl niet, althans onvoldoende is gebleken dat het hier gaat om verduidelijking op een ondergeschikt punt.

ABB hanteert in haar antwoordbrief aan de gemeente Lansingerland van 7 oktober 2014 overigens hetzelfde onderscheid tussen enerzijds het onderwerp de “voorwaardelijke grondbieding” en anderzijds het onderwerp “de voorgestelde fasering.”

4.15. Vordering I zal daarom worden toegewezen. Vordering II zal worden afgewezen, nu deze vordering naast vordering I niet, of althans onvoldoende zelfstandige betekenis toekomt om een voorziening in kort geding te rechtvaardigen.

Vordering III zal worden afgewezen. De in deze vordering gestelde termijn is te kort, rekening houdend met het recht van een andere inschrijver om een termijn gegund te worden om in kort geding op te komen tegen een gunningvoornemen. Afgezien hiervan blijkt thans nergens uit dat de gemeente Lansingerland, ondanks toewijzing van vordering I, toch voornemens is de opdracht of een in hoofdlijnen hieraan gelijke opdracht binnen afzienbare tijd te laten uitvoeren of (al dan niet aan een derde) te gunnen.

4.16. Aan de subsidiaire vorderingen IV en V wordt niet toegekomen. Evenmin hoeft nog te worden toegekomen aan de (geoorloofde) van de mondelinge eisvermeerdering ter zitting tot het nemen van een beslissing, in goede justitie te bepalen.

4.17. Een dwangsom (vordering VI) zal niet worden opgelegd. Een publiekrechtelijke rechtspersoon mag in beginsel verondersteld worden een vonnis van de rechter vrijwillig na te zullen komen. Uit de pleitnota van de gemeente Lansingerland begrijpt de voorzieningenrechter dat ook de gemeente Lansingerland daartoe vrijwillig bereid is.

4.18. De gemeente Lansingerland zal als de in het ongelijk gestelde partij (in de procedure tegen F/[eiseres2]) worden veroordeeld in de proceskosten van F/[eiseres2]. Deze kosten worden begroot op € 816,- aan salaris advocaat (standaard tarief kort geding volgens de Liquidatietarieven), € 77,84 aan exploitkosten dagvaarding en € 613,- aan griffierecht, te vermeerderen met de gevorderde nakosten en rente.

4.19. In hetgeen hiervoor is overwogen, ligt besloten dat de vorderingen van ABB/[gedaagde3], als tussenkomende partij, dienen te worden afgewezen. De vorderingen van ABB/[gedaagde3] richten zich zowel

tegen F/[eiseres2] als tegen de gemeente Lansingerland. In beide gevallen kan een proceskostenveroordeling achterwege blijven, nu van (extra) proceskosten van deze twee partijen in de procedure tegen ABB/[gedaagde3] niet of nauwelijks sprake is.

## 5. De beslissing

De voorzieningenrechter

- 5.1. verbiedt de gemeente Lansingerland om tot gunning aan ABB over te gaan,
- 5.2. veroordeelt de gemeente Lansingerland in de proceskosten van F/[eiseres2], tot op heden begroot op € 1.506,84, te vermeerderen met nakosten ad € 131,- respectievelijk € 199,- ingeval van betekening van dit vonnis, en bepaalt dat de gemeente Lansingerland, indien deze kosten niet binnen twee weken na dagtekening van dit vonnis zullen zijn voldaan, de gemeente Lansingerland daarover zonder nadere sommatie wettelijke rente verschuldigd zal zijn,
- 5.3. verklaart het vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad,
- 5.4. wijst het meer of anders door F/[eiseres2] gevorderde af,
- 5.5. wijst de vorderingen van ABB/[gedaagde3] af en verstaat dat ter zake van deze vorderingen geen proceskostenveroordeling wordt opgelegd.

## »Annotatie

Timing is alles. Dit adagium gaat blijkens het op deze plaats te bespreken vonnis ook op voor een aanbestedingsprocedure onder de vigeur van de Aanbestedingswet 2012. In deze zaak had de aanbestedende dienst na inschrijving, maar nog voor voorlopige gunning besprekingen gevoerd met één van de inschrijvers. Ter zitting verklaarde de aanbestedende dienst dat hij op dat moment al wist dat de betrokken inschrijver als winnaar uit de bus zou komen, dat hij interesse had in zijn facultatieve grondaanbieding en hij behoefte had aan een nadere uitleg hierover (r.o. 4.10.). De aanbestedende dienst gaf toe dat de besprekingen beter na voorlopige gunning hadden kunnen plaatsvinden (r.o. 4.12.). De voorzieningenrechter laat de aanbestedende dienst echter niet met deze verklaring weggkomen.

De voorzieningenrechter overweegt dat grote terughoudendheid geboden was bij het benaderen van de betrokken inschrijver in de periode tussen inschrijving en gunning. De voorzieningenrechter baseert dit op de uitgangspunten van gelijke behandeling en transparantie, in welk verband hij verwijst naar rechtspraak over de grenzen van de bevoegdheid van de aanbestedende dienst om een inschrijver in de gelegenheid te stellen een gebrek in zijn inschrijving te herstellen. Voorts verwijst hij naar art. 3.26.1 ARW 2012, dat – samengevat – bepaalt dat besprekingen met inschrijvers kunnen plaatsvinden met het oog op verduidelijking van de inhoud van hun inschrijving, voor zover dit niet strijdig is met de beginselen van het aanbestedingsrecht (r.o. 4.5.-4.8.). [noot:1] In de onderhavige kwestie gingen de besprekingen met de inschrijver over een facultatieve grondbieding, die volgens de gunningsleidraad niet zou meewegen bij de beoordeling van de inschrijving aan het toepasselijke gunningscriterium. Volgens de voorzieningenrechter kon daarom geen sprake zijn van een verduidelijking in de hiervoor bedoelde zin en hadden de besprekingen dus niet ten doel een geoorloofde precisering van de inschrijving te verkrijgen of een kennelijke materiële fout recht te laten zetten. De voorzieningenrechter oordeelt dan ook dat de aanbestedende dienst “de hiervoor vermelde rechtsnormen” (bedoeld zijn de uitgangspunten van gelijke behandeling en transparantie) heeft geschonden (r.o. 4.10.).

Hier blijft het niet bij. De voorzieningenrechter overweegt dat de aanbestedende dienst niet uit eigen beweging de klagende inschrijver van de besprekingen met de andere inschrijver op de hoogte heeft gebracht, dat een Wob-verzoek noodzakelijk was om informatie boven water te krijgen en dat er geen verslag is gemaakt van de besprekingen. Hierdoor was de vereiste transparantie volgens de voorzieningenrechter “niet direct in beeld” (r.o. 4.11.).

Verder had de aanbestedende dienst in zijn verweer het gesprek met de inschrijver een verificatiegesprek genoemd, maar deze kwalificatie acht de voorzieningenrechter niet passend. Een verificatie strekt er toe om na gunning bewijsstukken op te vragen bij de voorlopige winnaar, terwijl dit stadium nog niet was bereikt, aldus de voorzieningenrechter. De kwalificatie als verificatiegesprek rijmt bovendien niet met de eigen correspondentie van de aanbestedende dienst. Ook deze omstandigheden worden in het nadeel van de aanbestedende dienst



uitgelegd (r.o. 4.13).

In het vonnis komt nog een mogelijk procedureel gebrek aan de orde (r.o. 4.14.), maar de hiervoor genoemde omstandigheden zijn voor de voorzieningenrechter al voldoende om het gevorderde verbod tot gunning aan de inschrijver met wie de besprekingen hebben plaatsgevonden, toe te wijzen.

Het oordeel van de voorzieningenrechter is naar mijn oordeel goed te billijken. In de fase tussen de ontvangst van de inschrijvingen en de mededeling van de gunningsbeslissing kunnen contacten tussen de aanbestedende dienst en een inschrijver snel tot concurrentievervalsing leiden. Het is daarom belangrijk dat eventueel contact met een of meer inschrijvers beperkt blijft tot het strikt noodzakelijke. In de onderhavige kwestie woog de facultatieve grondbieding niet mee bij de beoordeling van de inschrijving. De besprekingen konden daardoor geen aanvaardbaar doel dienen. De aanbestedende dienst had zich daarom in de fase tussen de ontvangst van de inschrijvingen en de mededeling van de gunningsbeslissing moeten onthouden van besprekingen met de betrokken inschrijver. Of de concurrentie daadwerkelijk is vervalst door de besprekingen is moeilijk vast te stellen, maar van een klagende inschrijver kan niet worden verwacht dit aannemelijk te maken. In de onderhavige kwestie doet de voorzieningenrechter dit ook niet. Het beginsel van transparantie – of als men zo wil het ‘uitgangspunt’ van transparantie – strekt er immers toe te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur wordt uitgebannen. [noot:2] Het risico op concurrentievervalsing is in dit geval voldoende om een schending van het transparantiebeginsel aan te nemen en het gevorderde verbod tot gunning toe te wijzen. Op dit punt is een parallel te trekken met het recent door het HvJ EU gewezen arrest eVigilo. [noot:3] In dit arrest oordeelde het HvJ EU dat de aanbestedende dienst een actieve rol heeft bij de toepassing van de aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie. Het zou volgens het HvJ EU onverenigbaar met die actieve rol zijn om de inschrijver te verplichten in de beroepsprocedure concreet aan te tonen dat de door de aanbestedende dienst aangewezen deskundigen partijdig zijn. [noot:4] Dezelfde actieve rol bij de toepassing van de aanbestedingsrechtelijke beginselen geldt bij het benaderen van inschrijvers gedurende de aanbestedingsprocedure. Verdedigbaar is dan ook dat van de inschrijver niet kan worden verlangd concreet aan te tonen dat besprekingen van de aanbestedende dienst met één van de andere inschrijvers gelet op hun doel en inhoud tot concurrentievervalsing hebben geleid.

Bedacht moet voorts worden dat inschrijvers in het verleden hard zijn gestraft voor het overtreden van voorschriften in de aanbestedingsstukken over het opnemen van contact met de aanbestedende dienst. [noot:5] Aanbestedende diensten zijn de normadressaat van de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie. Juist van hen mag zorgvuldigheid worden verwacht bij het opnemen van contact met inschrijvers. Procedurele uitglijders van aanbestedende diensten kunnen daarom niet door de vingers worden gezien.

Tot slot maak ik nog een opmerking over de overweging van de voorzieningenrechter met betrekking tot de toepasselijkheid van het ARW 2012. De voorzieningenrechter overweegt dat dit aanbestedingsreglement op grond van art. 1.22 lid 2 Aanbestedingswet 2012 juncto art. 11 van het Aanbestedingsbesluit 2012 van rechtswege van toepassing is (r.o. 4.7.). Naar mijn oordeel is dit onjuist. De bepalingen in het ARW 2012 zijn volgens de minister geen algemeen verbindende voorschriften. [noot:6] Art. 1.22 lid 2 Aanbestedingswet 2012 juncto art. 11 van het Aanbestedingsbesluit 2012 verklaart het ARW 2012 ook niet van toepassing op de daarin genoemde opdrachten. De bepaling gebiedt de aanbestedende dienst in voorkomend geval de voorschriften toe te passen of een of meer afwijkingen te motiveren. Het ARW 2012 is net als zijn voorgangers een set van algemene voorwaarden. Voor de toepasselijkheid hiervan is naar mijn mening wilsovereenstemming noodzakelijk. [noot:7] Het ARW 2012 berust blijkens art. 1.3.1 en 1.3.6 ook op deze gedachte.

De vraag is overigens of art. 1.22 Aanbestedingswet 2012 wel van toepassing was. Op vergelijkbare gronden zijn kantekeningen te plaatsen bij de overweging (r.o. 4.5.) dat art. 1.12 Aanbestedingswet 2012 van toepassing is. De werkingssfeer van art. 1.22 Aanbestedingswet 2012 is beperkt tot *overheidsopdrachten voor werken*, terwijl de aanbestede overeenkomst op het eerste gezicht beperkt lijkt te zijn tot de verkoop van grond. Indien dit laatste het geval is, kwalificeert de overeenkomst niet als een overheidsopdracht voor werken. [noot:8] Om die reden mist art. 1.22 Aanbestedingswet 2012 toepassing. Het vonnis bevat echter onvoldoende feitelijke

informatie over de inhoud van de overeenkomst, zodat het karakter van de opdracht niet goed is te beoordelen. Dit punt laat ik daarom verder rusten.

mr. dr. A.J. van Heeswijck, Advocaat bij PlasBossinade

## »Voetnoten

[1]

De voorzieningenrechter verwijst naar Hof Arnhem 7 augustus 2012, «JAAN» 2012/152, waarin weer wordt verwezen naar HvJ EU 29 maart 2012, C-599/10, ECLI:EU:C:2012:191 (SAG).

[2]

Zie het door de voorzieningenrechter aangehaalde HvJ EG 29 april 2004, C-496/99 P, ECLI:EU:C:2004:236 (*Succhi di Frutta*), r.o. 111.

[3]

HvJ EU 12 maart 2015, C-538/13, «JAAN» 2015/60 (*eVigilo*), m.nt. Verweij.

[4]

HvJ EU 12 maart 2015, C-538/13, «JAAN» 2015/60 (*eVigilo*), m.nt. Verweij, r.o. 42-43.

[5]

Vzr. Rb. Assen 17 februari 2009, «JAAN» 2009/58; Vzr. Rb. Overijssel 14 januari 2014, «JAAN» 2014/52.

[6]

*Kamerstukken II 2010/11*, 32440, nr. 11, p. 18.

[7]

Die wilsovereenstemming wordt overigens snel aangenomen. Zie hierover A.J. van Heeswijck, *Rechtsbescherming van ondernemers in aanbestedingsprocedures* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2013, p. 70 en de literatuurverwijzingen aldaar.

[8]

HvJ EU 25 maart 2010, C-451/08, ECLI:EU:C:2010:168 (*Helmut Müller*), r.o. 41.