

**JAAN2015/152 Vrijwillige aanbesteding, Meervoudig onderhandse procedure, Conce...**

**Wetsbepaling(en):** Aanbestedingswet 2012 artikel 1.7, Aanbestedingswet 2012 artikel 1.11, Aanbestedingswet 2012, Aanbestedingswet 2012 artikel 1.15, Aanbestedingswet 2012 artikel 1.16

**Ook gepubliceerd in:** ECLI:NL:RBMNE:2015:2954



**Aflevering** 2015 afl. 5  
**College** Rechtbank Midden Nederland zp Utrecht  
**Datum** 29 april 2015  
**Rolnummer** C/16/387004 / KG ZA 15/111  
**Rechter(s)** mr. Steenberghe  
De besloten vennootschap Clear Channel Hillenaar BV te Oegstgeest,  
advocaat mr. E.S. Jaques,  
tegen  
**Partijen** de publiekrechtelijke rechtspersoon gemeente Stichtse Vecht te Maarssen,  
advocaat mr. M.W. Speksnijder,  
waarin zich heeft gevoegd aan de zijde van de gemeente  
de besloten vennootschap Exterior Media (Netherlands) BV te Amsterdam,  
advocaat mr. M.O. Meulenbelt.  
**Noot** *mr. dr. A.J. van Heeswijck*  
**Trefwoorden** Vrijwillige aanbesteding, Meervoudig onderhandse procedure, Concessie voor diensten,  
Uitgangspunten bij meervoudige onderhandse aanbestedingen, Maatstaf KLM/CCC-arrest niet  
van toepassing, (Niet)-ontvankelijkheid, Vervaltermijn, Rechtsverwerking, Matchingsrecht,  
Heraanbesteding, Geen aanbestedingsplicht aanbestedende dienst  
Aanbestedingswet 2012 - 1.7  
Aanbestedingswet 2012 - 1.11  
**Regelgeving** Aanbestedingswet 2012 - afdeling 1.2.4: art. 1.14  
Aanbestedingswet 2012 - 1.15  
Aanbestedingswet 2012 - 1.16

**JAAN 2015/152 Rechtbank Midden Nederland zp Utrecht, 29-04-2015, C/16/387004 / KG ZA 15/111, ECLI:NL:RBMNE:2015:2954**

**Vrijwillige aanbesteding, Meervoudig onderhandse procedure, Concessie voor diensten, Uitgangspunten bij meervoudige onderhandse aanbestedingen, Maatstaf KLM/CCC-arrest niet van toepassing, (Niet)-ontvankelijkheid, Vervaltermijn, Rechtsverwerking, Matchingsrecht, Heraanbesteding, Geen aanbestedingsplicht aanbestedende dienst**

### »Samenvatting

Gemeente Stichtse Vecht start een meervoudig onderhandse aanbesteding van een concessieovereenkomst voor het leveren, plaatsen, beheren, onderhouden en exploiteren van 2 m2 panelen in combinatie met stadsplattegronden. De gemeente nodigt vijf ondernemers in buitenreclame uit om een inschrijving in te dienen. In de offerteaanvraag staat dat de huidige exploitant, Exterior Media, een contractueel overeengekomen matchingsrecht heeft. Dit houdt in dat de huidige exploitant het recht heeft om de winnende aanbieder te evenaren en dat zij daartoe zowel op het onderdeel prijs, als op het onderdeel kwaliteit een gelijkwaardige aanbieder mag doen. Indien de huidige exploitant van dit matchingsrecht gebruik maakt, wordt de opdracht bij gelijkwaardigheid aan haar gegund. Clear Channel heeft in twee NvI's vragen gesteld over het

matchingsrecht. Alleen Exterion Media en Clear Channel schrijven in, waarvan de inschrijving van laatstgenoemde de economisch meest voordelige is. Exterion Media maakt echter gebruik van haar matchingsrecht, waarna de gemeente de opdracht aan haar gunt. Clear Channel start een kort geding. Zij is van mening dat op deze aanbesteding het in het aanbestedingsrecht geldende gelijkheidsbeginsel van toepassing is en dat het matchingsrecht in strijd is met dit beginsel.

Voordat de voorzieningenrechter inhoudelijk op de zaak in gaat, buigt hij zich uitvoerig over het beroep dat de gemeente en Exterion Media – als voegende partij aan de zijde van de gemeente – doen op de contractuele vervaltermijn en rechtsverwerking waardoor Clear Channel niet ontvankelijk zou zijn in haar vorderingen. Dit beroep slaagt niet.

### **Matchingsrecht in strijd met gelijkheidsbeginsel?**

Clear Channel stelt dat uit art. 1.14 en 1.15 Aanbestedingswet 2012 volgt dat de gemeente alle inschrijvers op gelijke wijze moet behandelen.

Exterion Media voert echter als verweer dat in een vrijwillige aanbestedingsprocedure de aanbestedingsrechtelijke beginselen, zoals het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel, alleen van toepassing zijn, wanneer bij de inschrijvers het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat deze beginselen zouden worden toegepast. Of in concreet geval een dergelijke verwachting is gewekt, is afhankelijk van de aanbestedingsvoorwaarden en van de overige omstandigheden van het geval, waaronder de hoedanigheid van de betrokken partijen. Exterion Media beroept zich daarbij op HR 3 mei 2012, ECLI:HR:2013:BZ2900, KLM/CCC.

Volgens Exterion Media is het gelijkheidsbeginsel hier niet, althans niet in volle omvang, van toepassing, aangezien in de aanbestedingsstukken geheel transparant en duidelijk is verwoord dat het matchingsrecht zou worden toegepast; de uitgenodigde inschrijvers mochten er daarom niet gerechtvaardigd op vertrouwen dat dit beginsel (in volle omvang) zou worden toegepast.

De voorzieningenrechter volgt Clear Channel in haar standpunt en neemt daarbij het volgende in aanmerking.

Het staat vast dat het hier gaat om de situatie zoals bedoeld in art.1.14 Aanbestedingswet 2012, namelijk de situatie dat de aanbestedende dienst twee of meer ondernemers heeft uitgenodigd. Art. 1.14 bepaalt het toepassingsbereik van de in afd. 1.2.4 Aanbestedingswet 2012 (uitgangspunten bij de meervoudig onderhandse procedure) opgenomen bepalingen ter zake van het gelijkheidsbeginsel (art. 1.15 lid 1), het meedelen van de gunningsbeslissing met de relevante redenen voor die beslissing (art. 1.15 lid 2) en het proportionaliteitsbeginsel (art. 1.16). Deze bepalingen zijn van toepassing als art. 1.7 en 1.11 niet van toepassing zijn, maar een aanbestedende dienst er (vrijwillig) voor kiest om twee of meer ondernemers uit te nodigen om een inschrijving te doen.

De vraag of het gelijkheidsbeginsel van toepassing is op deze vrijwillig aanbesteding dient dus gezien het voorgaande – anders dan Exterion Media meent – niet aan de maatstaf zoals geformuleerd in het KLM/CCC arrest te worden beoordeeld. Overigens ziet dit arrest alleen op de situatie dat een private partij, zoals KLM, een vrijwillige aanbesteding organiseert.

Vervolgens beantwoordt de voorzieningenrechter de vraag of het matchingsrecht in strijd is met het volgens de wet geldende uitgangspunt dat alle inschrijvers gelijk moeten worden behandeld. Dit uitgangspunt moet gedurende de gehele aanbesteding in acht worden genomen, dus vanaf de uitnodiging tot en met definitieve gunning.

De (sub)gunningscriteria zijn in deze aanbesteding voor iedere uitgenodigde inschrijver gelijk. Er wordt aan de hand van dezelfde criteria beoordeeld of een inschrijver de economisch meeste voordelige inschrijving heeft gedaan. Het toepassen van het matchingsrecht leidt er echter toe dat één van de inschrijvers, namelijk de zittende exploitant, Exterion Media, wordt bevoorrecht. Zij krijgt als enige inschrijver de kans om haar bod ná inschrijving nog aan te passen en wel zodanig dat de concessie niet zoals gebruikelijk aan de winnende inschrijver, maar aan haar wordt gegund. Exterion Media heeft doordat zij als enige een matchingsrecht heeft in feite dus een tweede kans om de concessie te verkrijgen, dit terwijl de andere inschrijvers maar één kans hebben.

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat het toepassen van het matchingsrecht in strijd is met het uitgangspunt dat alle inschrijvers gelijk moeten worden behandeld.

### **Kunnen de vorderingen van Clear Channel worden toegewezen?**

De voorzieningenrechter wijst de vordering strekkende tot een verbod om de onderhavige aanbesteding voort te zetten en de concessie op basis van deze procedure aan Exterior Media te gunnen toe. Dit neemt niet weg dat de gemeente bevoegd zal zijn om met Exterior Media of een derde in onderhandeling te treden over het sluiten van een concessieovereenkomst en op basis van die onderhandelingen een overeenkomst te sluiten. Zij is immers niet aanbestedingsplichtig ten aanzien van de concessie die zij wil verlenen en kan er daarom voor kiezen om door middel van onderhandelingen een overeenkomst ter zake de concessie te sluiten. Ook staat het haar vrij om een nieuwe vrijwillige aanbesteding te organiseren, zij het dat zij daarin niet het matchingsrecht van toepassing mag verklaren.

De voorzieningenrechter wijst de vordering strekkende tot een gebod om de concessie alsnog aan Clear Channel te gunnen af. Het in strijd handelen met het uitgangspunt van gelijke behandeling van alle inschrijvers maakt de gevoerde aanbestedingsprocedure gebrekkig. Dit gebrek kan naar het oordeel van de voorzieningenrechter niet anders worden geheeld dan de procedure opnieuw, maar dan zonder dit gebrek ofwel zonder toepassing van het matchingsrecht, te voeren. Daarbij is van belang dat niet alle door de gemeente uitgenodigde ondernemers een inschrijving hebben ingediend en dat het aannemelijk is dat de redenen hiervoor is gelegen in het feit dat het matchingsrecht op de aanbesteding van toepassing is verklaard.

De gemeente kan echter niet worden verplicht om de concessie opnieuw aan te besteden.

Vaststaat immers dat de gemeente ter zake deze concessie niet aanbestedingsplichtig is en dat zij de onderhavige procedure vrijwillig heeft georganiseerd. Clear Channel heeft overigens ook (terecht) geen heraanbesteding gevorderd.

beslissing/besluit

## »Uitspraak

### 1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding met daarbij gevoegd de producties 1 tot en met 6,
- de nadere toegezonden productie van Clear Channel,
- de producties A tot en met C van de gemeente,
- de incidentele conclusie houdende een verzoek tot voeging van Exterior Media,
- de mondelinge behandeling van 14 april 2015,
- de pleitnota van Clear Channel,
- de pleitnota van de gemeente,
- de pleitnota van Exterior Media.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

### 2. De feiten

2.1. De gemeente heeft besloten om vrijwillig een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure te organiseren voor een concessieovereenkomst voor het leveren, plaatsen, beheren, onderhouden en exploiteren van 2 m2 panelen in combinatie met stadsplattegronden (hierna: de aanbestedingsprocedure).

Zij heeft daartoe vijf ondernemers in het marktsegment voor buitenreclame, onder wie Clear Channel en Exterior Media (de huidige exploitant), uitgenodigd om een inschrijving in te dienen.

2.2. In de door Clear Channel als productie 1 in het geding gebrachte offerteaanvraag (inclusief bijlagen) zijn de te volgen aanbestedingsprocedure en de relevante aspecten omtrent de inhoud van de concessie c.q. overeenkomst beschreven.

In artikel 1.7. van deze offerteaanvraag is het volgende vermeld:

“ De ondernemer die tegenover de opdrachtgever blijkt heeft gegeven voornemens te zijn een inschrijving te doen, dan wel concreet een inschrijving heeft gedaan, wordt geacht te hebben ingestemd met de toepasselijkheid en inhoud van deze offerteaanvraag inclusief bijlagen.”

2.3. Het gunningscriterium betreft de economisch meest voordelige inschrijving (emvi).

2.4. In de offerteaanvraag is op pagina 5 vermeld dat de huidige exploitant een contractueel overeengekomen matchingsrecht heeft en dat dit inhoudt dat deze huidige exploitant het recht heeft om de winnende aanbieder, als zij deze niet zelf heeft gedaan, te evenaren en dat zij daartoe zowel op het onderdeel prijs, als op het onderdeel kwaliteit een gelijkwaardige aanbieder mag doen. Verder is vermeld dat indien de huidige exploitant van dit matchingsrecht gebruik maakt, dit betekent dat de opdracht bij gelijkwaardigheid, dit ter beoordeling van de aanbestedende dienst, aan haar zal worden gegund.

2.5. Clear Channel heeft in het kader van deze aanbestedingsprocedure ten behoeve van de eerste Nota van Inlichtingen (Nvl) een aantal vragen gesteld over het matchingsrecht. Deze vragen luiden als volgt:

“ – Bent u met ons van mening dat de contractuele bepaling waarin de huidige exploitant een matchingsrecht wordt verleend in strijd is met de beginselen van het aanbestedingsrecht, te weten het transparantie- en gelijkheidsbeginsel?

– En bent u het met ons eens dat dit matchingsrecht geen onderdeel kan uitmaken van de procedure, ook niet indien de huidige exploitant zich toch op dit recht beroept?

– Bent u bereid de alinea m.b.t. matchingsrecht te schrappen? Indien u deze alinea (p. 5) niet wenst te schrappen, kunt u dan aangeven waarom niet?”.

De gemeente heeft daarop – zo blijkt uit de eerste Nvl van 5 december 2014 (productie 2 van Clear Channel – het volgende antwoord gegeven:

“ Dit matchingsrecht is contractueel vastgelegd en de gemeente kan daar niet aan voorbij gaan.

De gemeente heeft het huidige contract en de daarin opgenomen bepalingen te respecteren. Een aanbesteding verandert niet de contractuele positie van de gemeente. Het matchingsrecht blijft derhalve gehandhaafd.

Zie in dit verband tevens V.z. Rb Rotterdam 28 juni 2007, waarin de voorzieningenrechter aangeeft dat een matchingsrecht niet in strijd is met het gelijkheidsbeginsel.”

2.6. Clear Channel heeft vervolgens ten behoeve van de tweede Nvl de volgende vraag met betrekking tot het matchingsrecht gesteld:

“Hoe gaat de gemeente invulling geven aan het matchingsrecht (procesbeschrijving) en hoe gaat de gemeente om met de bedrijfsvertrouwelijke gegevens van de inschrijving. Zoals u zult begrijpen dient de gemeente de beginselen van het aanbestedingsrecht wel in acht te nemen waarbij het niet wenselijk is dan een andere inschrijver de bedrijfsvertrouwelijke inschrijving van een andere inschrijver kan inzien. Hoe gaat de gemeente hiermee om?

De gemeente heeft daarop – zo blijkt uit de door Clear Channel als productie 3 en de gemeente als productie A overgelegde tweede Nvl van 16 december 2014 – het volgende geantwoord:

“ De beoordelingscommissie zal de binnengekomen offertes beoordelen op de manier zoals beschreven in Hoofdstuk 5 van de Offerteaanvraag. Daarin is opgenomen dat de onderdelen van de inschrijvingen relatief worden beoordeeld. Dat houdt in dat de verschillende antwoorden van de inschrijvers met elkaar vergeleken worden.

Indien de huidige exploitant niet de meest economische inschrijving blijkt te zijn, dient hij (bij gebruikmaking van zijn matchingsrecht) de relatieve voordelen van de winnende inschrijver te evenaren.

Bij berichtgeving rond gunning en afwijzing ontvangt een afgewezen inschrijver de relatieve voordelen van de winnende inschrijver ten opzichte van zijn eigen inschrijving. Dit betreft zowel de prijs, als de kwalitatieve aspecten.

De gemeente zal daarbij zorgen dat daarbij geen sprake is van het inzien van bedrijfsvertrouwelijke informatie.”.

2.7. Alleen Clear Channel en Exterion Media hebben een inschrijving ingediend.

De overige drie door de gemeente uitgenodigde ondernemers hebben daarvan afgezien.

2.8. Bij brief van 15 januari 2015 heeft de gemeente aan Clear Channel bericht dat haar inschrijving de economisch meest voordelige inschrijving betreft. In deze brief wordt gemotiveerd toegelicht dat Clear Channel zowel ten aanzien van de prijs (all-in afdracht) als ten aanzien van de kwalitatieve criteria de meeste punten heeft gescoord. Wat betreft de all-in afdracht geldt dat Clear Channel een afdracht had geboden van € 19.800,--, en Exterion Media een afdracht van € 950,--. Verder is in deze brief vermeld dat:

– Exterion Media op grond van het matchingsrecht het recht heeft om de winnende aanbieder van Clear Channel te evenaren,

- Exterior Media hiertoe zowel op het onderdeel prijs, als op het onderdeel kwaliteit een gelijkwaardige aanbieding zal mogen doen,
- Exterior Media daartoe tot uiterlijk 22 januari 2015 de tijd heeft,
- indien Exterior Media gebruik maakt van haar matchingsrecht de opdracht aan haar zal worden gegund en dat wanneer zij daarvan geen gebruik maakt de opdracht aan Clear Channel zal worden gegund.

2.9. Bij brief van 23 januari 2015 heeft de gemeente aan Clear Channel bericht dat Exterior Media te kennen heeft gegeven dat zij gebruik wenst te maken van haar matchingsrecht en dat zij naar de mening van de beoordelingscommissie heeft voldaan aan het evenaren van het bod van Clear Channel, hetgeen inhoudt dat de gemeente voornemens is om de opdracht aan Exterior Media te gunnen.

2.10. Clear Channel heeft binnen de daarvoor door de gemeente gestelde en verlengde (alcatel)termijn dit kort geding aanhangig gemaakt.

### 3. Het geschil

3.1. Clear Channel vordert in de hoofdzaak – samengevat – dat bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

a) de gemeente wordt verboden om de aanbestedingsprocedure inzake de concessie voort te zetten en tot gunning van de concessie aan Exterior Media of een derde over te gaan,

*en*

b) de gemeente wordt geboden de concessie te gunnen aan Clear Channel, dit op straffe van verbeurte van een dwangsom, behoudens voor zover de gemeente binnen een termijn van twee weken na dagtekening van het in deze zaak te wijzen vonnis schriftelijk aan alle inschrijvers laat weten in het geheel van gunning van deze concessie af te zien,

*althans*

c) een voorziening wordt getroffen die de voorzieningenrechter geraden voorkomt.

Daarnaast vordert Clear Channel dat de gemeente wordt veroordeeld tot betaling van de proceskosten en de nakosten te vermeerderen met de wettelijke rente wanneer deze kosten niet binnen zeven dagen na het in deze zaak te wijzen vonnis zijn voldaan.

3.2. Clear Channel legt – samengevat – het volgende aan deze vorderingen ten grondslag. De gemeente dient in het kader van de onderhavige aanbestedingsprocedure de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht te nemen. Eén van die algemene beginselen van het aanbestedingsrecht en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur betreft het gelijkheidsbeginsel. De toepassing van het matchingsrecht is in strijd met dit gelijkheidsbeginsel. Uit het gelijkheidsbeginsel vloeit voort dat alle inschrijvers voor verkrijging van de concessie dezelfde kansen dienen te krijgen, of met andere woorden voor alle inschrijvers moeten dezelfde voorwaarden gelden. Daarvan is in dit geval echter geen sprake geweest, omdat Exterior Media als gevolg van het op de aanbestedingsprocedure van toepassing verklaarde matchingsrecht een bevoorrechte positie ten opzichte van andere inschrijvers heeft verkregen, doordat Exterior Media de winnende inschrijving mag evenaren. Exterior Media krijgt als enige een tweede, extra, kans om de concessie te winnen. Dit leidt tot een ongelijke behandeling van de inschrijvers.

3.3. De gemeente voert verweer.

Zij stelt zich daarbij primair op het standpunt dat Clear Channel niet ontvankelijk in haar vorderingen moet worden verklaard, omdat sprake is van rechtsverwerking.

Subsidiair voert de gemeente als verweer dat de vorderingen moeten worden afgewezen, omdat het toepassen van het matchingsrecht niet in strijd is met het gelijkheidsbeginsel.

De gemeente verzoekt de voorzieningenrechter om Clear Channel te veroordelen in de proceskosten en de nakosten te vermeerderen met de wettelijke rente wanneer deze kosten niet binnen 14 dagen na de in deze zaak te wijzen vonnis worden voldaan.

3.4. Exterior Media vordert in het incident om zich te mogen voegen aan de zijde van de gemeente met veroordeling van Clear Channel in de kosten van het incident en de hoofdzaak. Exterior Media voert nagenoeg dezelfde verweren als de gemeente.

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

### 4. De beoordeling

### *In het incident*

4.1. De incidentele vordering van Exterion Media om zich in dit kort geding te mogen voegen aan de zijde van de gemeente is, nadat alle partijen zich daarover ter zitting hebben kunnen uitlaten en aan de voorzieningenrechter te kennen hebben gegeven daartegen geen bezwaar te hebben, tijdens de mondelinge behandeling toegewezen.

4.2. Tijdens de mondelinge behandeling is nog geen beslissing genomen over de proceskosten in het incident. De voorzieningenrechter ziet aanleiding om deze kosten te compenseren in die zin dat iedere partij zijn eigen kosten in het incident draagt.

### *In de hoofdzaak*

4.3. Het gaat in deze zaak om een vrijwillig door een aanbestedende dienst (de gemeente) georganiseerde aanbestedingsprocedure en meer in het bijzonder om een vrijwillig georganiseerde meervoudig onderhandse procedure. Daarover bestaat tussen partijen terecht geen discussie.

4.4. Kern van het geschil betreft de beantwoording van de vraag of op deze vrijwillig georganiseerde aanbestedingsprocedure het in het aanbestedingsrecht geldende gelijkheidsbeginsel van toepassing is en zo ja, of het matchingsrecht in strijd is met dit beginsel.

### *Ontvankelijkheid*

4.5. Eerst zal echter worden beoordeeld of Clear Channel ontvankelijk is in haar vorderingen.

4.6. De gemeente en Exterion Media voeren immers als formeel verweer dat Clear Channel niet ontvankelijk in haar vorderingen moet worden verklaard, omdat volgens hen sprake is van rechtsverwerking naar Nederlands recht. Zij voeren ter onderbouwing daarvan – samengevat – het volgende aan.

Het bezwaar van Clear Channel tegen de door de gemeente vrijwillig georganiseerde aanbestedingsprocedure heeft geen betrekking op de feitelijke toepassing van het matchingsrecht, maar op de toepasselijkheid van het matchingsrecht op zich.

Clear Channel had over deze toepasselijkheid van het matchingsrecht vóór haar inschrijving ofwel een kort geding aanhangig moeten maken, ofwel moeten klagen bij het klachtmeldpunt van de gemeente ofwel een klacht moeten indienen bij de Commissie van Aanbestedingsexperts. Dat zij dit had moeten doen volgt uit het bepaalde in artikel 1.10 van de offerteaanvraag, maar ook uit de proactieve houding die geleet op de (Grossmann)jurisprudentie van een inschrijver mag worden verwacht.

Clear Channel heeft dit niet gedaan en heeft daardoor in strijd gehandeld met de doelstellingen van snelheid en doeltreffendheid van de vrijwillig georganiseerde aanbestedingsprocedure.

Daarbij komt dat Clear Channel bij de gemeente en de overige door de gemeente uitgenodigde ondernemers het gerechtvaardigd vertrouwen heeft gewekt dat zij instemde met de toepasselijkheid van het matchingsrecht en procedureregels zoals omschreven in de offerteaanvraag. Clear Channel heeft immers in het kader van de tweede NvI nog slechts vragen gesteld over de wijze waarop het matchingsrecht zou worden toegepast.

Hieruit mocht worden afgeleid dat zij haar in het kader van de eerste NvI geuite en door de gemeente verworpen bezwaren tegen de toepasselijkheid van het matchingsrecht had laten varen. Dat geldt temeer, aangezien Clear Channel vervolgens zonder voorbehoud heeft ingeschreven en in artikel 1.7. van de offerteaanvraag is vermeld dat de inschrijver door in te schrijven instemt met de toepasselijkheid en inhoud van de offerteaanvraag.

Verder is volgens Exterion Media nog het volgende van belang.

Clear Channel heeft een “truc” uitgehaald. Zij heeft de gemeente en de door de gemeente uitgenodigde ondernemers in de waan gelaten dat zij (Clear Channel) het matchingsrecht accepteerde en dat zij aanvaardde dat de aanbestedingsprocedure zou lopen volgens de regels zoals omschreven in de offerteaanvraag. Clear Channel wilde in fase 1, dat ziet op het uitbrengen van het bod, kennelijk profiteren van het feit dat de concurrenten zouden inschrijven op basis van het matchingsrecht c.q. op grond van het matchingsrecht van inschrijving zouden afzien, en dan nadat zij vaststelt dat fase 1 voor haar goed is afgelopen omdat zij de economisch meest voordelige inschrijving blijkt te hebben gedaan, achteraf verzoekt om fase 2, dat ziet op het toepassen van het matchingsrecht, achterwege te laten, zodat zij al haar concurrenten om beurten zou afserveren.

4.7. De voorzieningenrechter begrijpt dit verweer van de gemeente en Exterion Media aldus dat zij zich in feite beroepen op i) een contractuele vervaltermijn en ii) op rechtsverwerking naar Nederlands recht.

### *Vervaltermijn*

4.8. De gemeente en Exterion Media voeren als verweer dat het recht van

Clear Channel om in deze procedure nog bezwaar te maken tegen het matchingsrecht is vervallen. Zij onderbouwen dit als volgt.

4.8.1. Clear Channel heeft blijkens het bepaalde in artikel 1.7. van de offerteaanvraag in relatie met het feit dat zij een inschrijving heeft ingediend ingestemd met het bepaalde in de offerteaanvraag.

4.8.2. Uit de offerteaanvraag, en met name het bepaalde in 1.10., volgt dat

Clear Channel vóór haar inschrijving hierover ofwel een kort geding aanhangig had moeten maken, ofwel had moeten klagen bij het klachtmeldpunt van de gemeente ofwel een klacht had moeten indienen bij de Commissie van Aanbestedingsexperts, bij gebreke waarvan haar recht om dit nog te doen zou komen te vervallen.

4.8.3. Clear Channel heeft niet aan hier in 4.8.2. genoemde verplichting voldaan, zodat haar recht om bezwaar te maken tegen het matchingsrecht is vervallen.

4.9. Clear Channel betwist dat in de offerteaanvraag de hiervoor door de gemeente en Exterion Media gestelde verplichting is opgenomen.

4.10. Vooropgesteld wordt dat het voor Clear Channel, en de overige uitgenodigde ondernemers, volledig duidelijk moet zijn geweest dat sprake was van de door de gemeente en Exterion Media gestelde verplichting zoals weergegeven in 4.8.2. Het was dan ook aan de gemeente, als opsteller van de aanbestedingsdocumenten, om dit op duidelijke, precieze en ondubbelzinnige in de offerteaanvraag te verwoorden. Vraag is of zij dit heeft gedaan.

Geconcludeerd wordt dat dit niet het geval is.

4.11. Artikel 1.10. van de offerteaanvraag luidt als volgt:

1.10. Eventuele gebreken, onvolkomenheden etc.

Deze offerteaanvraag inclusief bijlagen en de uitnodiging zijn met grote zorg samengesteld. Mocht een ondernemer echter onvolkomenheden, tegenstrijdigheden, gebreken of bepalingen in strijd met de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht en/of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur constateren of anderszins bezwaren hebben tegen de aanbestedingsprocedure en de daarin gestelde voorwaarden en eisen, dan wordt de ondernemer dringend verzocht hiervan zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk vóór publicatie van de nota van inlichtingen, schriftelijk melding te maken bij de opdrachtgever om zo nodig een en ander te (kunnen) corrigeren of bij te (kunnen) stellen.

Maakt een ondernemer van vorenbedoelde gelegenheid geen gebruik, dan is dat voor risico van die ondernemer en mogen de opdrachtgever en de overige ondernemers er in beginsel gerechtvaardigd op vertrouwen, dat terzake geen onduidelijkheden en/of bezwaren aanwezig zijn/waren.

'Proactief' reageren en handelen is in onderhavig verband (dringend) gewenst en vereist.

4.12. Uit deze bepaling, bezien in relatie met de overige bepalingen in de offerteaanvraag, valt – zoals Clear Channel ook aanvoert – alleen op te maken dat een ondernemer uiterlijk vóór de publicatie van de Nvl – kort gezegd – zijn bezwaren tegen de aanbestedingsprocedure moet uiten, bij gebreke waarvan de opdrachtgever en de overige ondernemers er in beginsel gerechtvaardigd op vertrouwen, dat terzake geen onduidelijkheden en/of bezwaren aanwezig zijn/waren.

4.13. In deze bepaling is niet duidelijk en ondubbelzinnig vermeld dat wanneer een ondernemer (zoals in dit geval Clear Channel) bezwaar heeft gemaakt en dit bezwaar in de Nvl door de aanbestedende dienst (de gemeente) van de hand wordt gewezen, de ondernemer, wanneer hij het met verwerpen van zijn bezwaar niet eens is, vóór de inschrijving nog ofwel een kort geding aanhangig moet maken, ofwel moet klagen bij het klachtmeldpunt van de gemeente ofwel een klacht moet indienen bij de Commissie van Aanbestedingsexperts, bij gebreke waarvan haar recht om nog bezwaar te maken komt te vervallen. Ook elders in de offerteaanvraag of in de Nvl's is dit overigens niet vermeld.

4.14. Het voorgaande leidt ertoe dat niet kan worden geconcludeerd dat Clear Channel op grond van de inhoud van de aanbestedingsstukken (de offerteaanvraag en de Nvl's) verplicht was om op een eerder moment dan zij nu heeft gedaan een kort geding aanhangig te maken.

#### *Rechtsverwerking*

4.15. De voorzieningenrechter stelt vast dat de gemeente en Exterion Media zich beroepen op rechtsverwerking naar Nederlands recht. Zij doen (terecht) geen rechtstreeks beroep op het Grossmann arrest. Wel zijn zij van mening dat dit arrest zijdelings van belang is bij de beantwoording van de vraag of

sprake is van rechtsverwerking naar Nederlands recht. Het gaat daarbij met name om de in dit arrest aan de orde zijnde doelstellingen van snelheid en doeltreffendheid van de aanbestedingsprocedure.

4.16. De voorzieningenrechter hecht eraan om op te merken dat er in de Nederlandse jurisprudentie op verschillende manieren tegen het rechtsverwerkingsverweer in aanbestedingszaken wordt aangekeken. Er is geen sprake van een eenduidige lijn op dit punt. Het is daarom dan ook niet per se zo dat de jurisprudentie waarnaar de gemeente verwijst ook in de onderhavige zaak dient te worden toegepast.

4.17. Voor het aannemen van rechtsverwerking naar Nederlands rechts is enkel tijdsverloop of enkel stilzitten onvoldoende. Vereist is de aanwezigheid van bijzondere omstandigheden als gevolg waarvan hetzij bij de wederpartij het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat de gerechtigde zijn aanspraak niet (meer) geldend zou maken, hetzij de wederpartij in zijn positie onredelijk zou worden benadeeld in geval de gerechtigde zijn aanspraak alsnog geldend zou maken.

4.18. De gemeente en Exterion Media voeren aan dat Clear Channel het gerechtvaardigd vertrouwen heeft gewekt dat zij instemde met de regels van de aanbestedingsprocedure zoals verwoord in de offerteaanvraag en meer in het bijzonder met de toepasselijkheid van het matchingsrecht en dat zij daarom haar recht heeft verwerkt om daarover in deze procedure nog te klagen. De voorzieningenrechter overweegt hierover het volgende.

4.19. Vaststaat dat Clear Channel vóór de publicaties van de Nvl's schriftelijk vragen heeft gesteld met betrekking tot het matchingsrecht. Exterion Media heeft daarmee – zoals uit wat hiervoor is overwogen volgt – in overeenstemming gehandeld met het bepaalde in 1.10 van de offerteaanvraag gehandeld.

4.20. Deze vragen dienen – zoals Clear Channel ook betoogt – gelet op de inhoud daarvan, als bezwaren te worden begrepen.

4.21.1. Uit de vraagstelling in het kader van de eerste Nvl (zie 2.5.) volgt duidelijk dat Clear Channel er bezwaar tegen heeft dat het matchingsrecht onderdeel uitmaakt van de aanbestedingsprocedure, omdat zij van mening is dat het matchingsrecht in strijd is met het transparantie- en gelijkheidsbeginsel. Clear Channel maakt met andere woorden bezwaar tegen de toepasselijkheid van het matchingsrecht.

4.21.2. Uit de vraagstelling in het kader van de tweede Nvl (zie 2.6.) kan verder worden opgemaakt dat Clear Channel van mening is dat de feitelijke toepassing (uitvoering) van het matchingsrecht in strijd kan zijn met de beginselen van het aanbestedingsrecht, omdat er bedrijfsvertrouwelijke gegevens zouden kunnen worden prijsgegeven aan de inschrijver die het matchingsrecht heeft.

4.22. Uit de vraagstelling die Clear Channel in het kader van de tweede Nvl heeft gedaan, kan – anders dan de gemeente en Exterion Media betogen – niet het gerechtvaardigd vertrouwen worden ontleend dat Clear Channel (alsnog) instemde met de toepasselijkheid van het matchingsrecht en haar eerdere bezwaar daartegen prijs gaf. Daarvoor is het volgende van belang. In deze vraagstelling is niet uitdrukkelijk (expliciet) vermeld dat Clear Channel niet langer bezwaar had tegen de toepasselijkheid van het matchingsrecht. Dit staat ook niet ter discussie. Het gerechtvaardigd vertrouwen wordt dus ontleend aan het enkele feit dat een vraag wordt gesteld over de feitelijke toepassing (uitvoering) van het matchingsrecht.

Deze vraag (bezwaar) kan echter ook worden opgevat als een aanvullende vraag (aanvullend bezwaar) inzake het matchingsrecht, in die zin dat er niet alleen bezwaar wordt gemaakt tegen de toepasselijkheid van het matchingsrecht (eerste Nvl), maar ook tegen de feitelijke toepassing (uitvoering) daarvan (tweede Nvl).

De gemeente en de andere uitgenodigde ondernemers konden er daarom niet zonder meer gerechtvaardigd op vertrouwen dat Clear Channel haar eerder gemaakte bezwaar tegen de toepasselijkheid van het matchingsrecht prijs gaf. Zij hadden dit, wanneer zij in die veronderstelling verkeerden, bij Clear Channel dienen te verifiëren.

4.23. Evenmin kan worden geconcludeerd dat Clear Channel – zoals de gemeente en Exterion Media aanvoeren – met de toepasselijkheid van het matchingsrecht heeft ingestemd door een inschrijving in te dienen. Weliswaar zou dit uit het bepaalde in artikel 1.7. van de offerteaanvraag kunnen worden opgemaakt, maar wanneer Clear Channel bij haar inschrijving een voorbehoud zou hebben gemaakt ten aanzien van de toepasselijkheid van het matchingsrecht dan zou haar inschrijving – zoals Exterion Media ook zelf in haar pleitnota naar voren brengt – gelet op het bepaalde in artikel 4.4. van de offerteaanvraag ongeldig zijn verklaard. In dit artikel is immers bepaald dat:

“Eveneens ongeldig is een inschrijving waarvan één of meer voorwaarden of voorbehouden zijn verbonden”.

4.24. Er zijn – anders dan Exterion Media betoogt – ook geen concrete aanknopingspunten dat Clear Channel de door Exterion Media gestelde “truc” heeft uitgehaald en de andere ondernemers bewust op het verkeerde



been heeft gezet. Daarbij komt dat – zoals uit het voorgaande volgt – de gemeente en de uitgenodigde ondernemers niet gerechtvaardigd erop mochten vertrouwen dat Exterior Media haar bezwaar tegen de toepasselijkheid van het matchingsrecht had laten varen.

4.25. Voor zover de gemeente en Exterior Media nog hebben bedoeld te betogen dat sprake is van rechtsverwerking, omdat zij in hun positie onredelijk zouden worden benadeeld in geval Clear Channel in deze procedure nog de toepasselijkheid van het matchingsrecht ter discussie mag stellen, geldt dat dit betoog niet slaagt.

4.26. Clear Channel heeft proactief gehandeld door haar bezwaren tegen de aanbestedingsprocedure, en meer in het bijzonder de toepasselijkheid en de toepassing (uitvoering) van het matchingsrecht vóór haar inschrijving, namelijk in het kader van de eerste en tweede NvI kenbaar te maken.

Er zijn geen feiten en omstandigheden gebleken die meebrengen dat van haar een verdergaande proactieve houding had mogen verwacht, in die zin dat zij – zoals door de gemeente en Exterior Media wordt bepleit – nog vóór haar inschrijving een kort geding aanhangig had moeten maken of een klacht bij de Commissie van Aanbestedingsexperts dan wel het Klachtenmeldpunt van de gemeente had moeten indienen.

Het is verder onvoldoende aannemelijk dat de gemeente en/of Exterior Media onredelijk in hun positie worden benadeeld wanneer Clear Channel de toepasselijkheid van het matchingsrecht in dit kort geding nog ter discussie mag stellen.

Er zijn geen concrete aanwijzingen dat hierdoor – zoals de gemeente aanvoert – de aan het Grossmann arrest ontleende doelstellingen van snelheid en doeltreffendheid van de door de gemeente vrijwillig georganiseerde aanbestedingsprocedure in het geding zijn. De gemeente heeft deze – door Clear Channel betwiste – stelling ook niet nader onderbouwd, hetgeen wel op haar weg had gelegen.

Daarbij komt dat de gemeente na het verzenden van de voorlopige gunningsbeslissing (23 januari 2015) nog bereid is gebleken om de Alcateltermijn te verlengen, waardoor Clear Channel meer tijd werd gegund om dit kort geding aanhangig te maken. Dit valt, zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet te rijmen met de stelling dat de doelstellingen van snelheid en doeltreffendheid in het geding zijn.

Verder is nog van belang dat de gemeente en Exterior Media tijdens de zitting hebben verklaard dat de tussen hen gesloten overeenkomst, die grotendeels betrekking heeft op de in de aanbestedingsprocedure centraal staande concessie, nog steeds bestaat. Er ontstaat kennelijk door het aanhangig maken van dit kort geding geen “leemte” met betrekking tot de uitvoering van de concessie.

4.27. Het voorgaande leidt ertoe dat het verweer van de gemeente en Exterior Media dat sprake zou zijn van rechtsverwerking niet opgaat. Dit betekent dat Clear Channel ontvankelijk is in haar vorderingen en dat kan worden overgegaan tot de inhoudelijke beoordeling daarvan.

#### *Inhoudelijke beoordeling*

4.28. Partijen verschillen van mening over de beantwoording van de vraag of de gemeente in deze vrijwillig door haar georganiseerde aanbestedingsprocedure is gebonden aan het in aanbestedingsrecht geldende gelijkheidsbeginsel.

4.29. Clear Channel stelt zich op het standpunt dat uit het bepaalde in artikel 1.14 en 1.15 van de Aanbestedingswet 2012 volgt dat de gemeente alle inschrijvers op gelijke wijze moet behandelen.

4.30. Exterior Media voert echter als verweer dat in een vrijwillige aanbestedingsprocedure de aanbestedingsrechtelijke beginselen, zoals het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel, alleen van toepassing zijn, wanneer bij de inschrijvers het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat deze beginselen zouden worden toegepast.

Of in concreet geval een dergelijke verwachting is gewekt, is afhankelijk van de aanbestedingsvoorwaarden en van de overige omstandigheden van het geval, waaronder de hoedanigheid van de betrokken partijen. Exterior Media beroept zich daarbij op het arrest van de Hoge Raad (HR) van 3 mei 2012 inzake KLM/CCC (ECLI:HR:2013:BZ2900).

Volgens Exterior Media is het gelijkheidsbeginsel in het onderhavige geval niet, althans niet in volle omvang, van toepassing, aangezien in de aanbestedingsstukken (de offerteaanvraag en de NvI's) geheel transparant en duidelijk is verwoord dat het matchingsrecht zou worden toegepast; de uitgenodigde inschrijvers mochten er daarom niet gerechtvaardigd op vertrouwen dat dit beginsel (in volle omvang) zou worden toegepast.

4.31. De voorzieningenrechter volgt Clear Channel in haar standpunt dat uit het bepaalde in artikel 1.14 in verbinding met artikel 1.15 lid 1 Aanbestedingswet 2012 volgt dat de gemeente in deze aanbestedingsprocedure is gebonden aan het uitgangspunt dat alle inschrijvers op gelijke wijze moeten

worden behandeld. Daarbij wordt het volgende in aanmerking genomen.

4.31.1. Artikel 1.14 van de Aanbestedingswet 2012 bepaalt het toepassingsbereik van de in afdeling 1.2.4 van de Aanbestedingswet 2012 (uitgangspunten bij de meervoudig onderhandse procedure) opgenomen bepalingen ter zake van het gelijkheidsbeginsel (1.15 lid 1), het meedelen van de gunningsbeslissing met de relevante redenen voor die beslissing (1.15 lid 2) en het proportionaliteitsbeginsel (artikel 1.16). Deze bepalingen zijn van toepassing als artikel 1.7 en 1.11 niet van toepassing zijn, maar een aanbestedende dienst er (vrijwillig) voor kiest om twee of meer ondernemers uit te nodigen om een inschrijving te doen.

4.31.2. Artikel 1.7 en 1.11 van de Aanbestedingswet 2012 zijn in het onderhavige geval niet van toepassing. Artikel 1.7 ziet – kort gezegd – op de situatie dat de aanbestedende dienst tot aanbesteding verplicht is en artikel 1.11 betreft de situatie dat er door de aanbestedende dienst een aankondiging is gedaan. Van deze beide situaties is in dit geval geen sprake. Het gaat in dit geval om de situatie zoals bedoeld in 1.14 van de Aanbestedingswet 2012, namelijk de situatie dat de aanbestedende dienst twee of meer ondernemers heeft uitgenodigd. Vaststaat dat daarvan sprake is. Immers, de gemeente heeft vijf ondernemers, namelijk Clear Channel, Exterior Media en nog drie andere ondernemers, uitgenodigd om een inschrijving te doen.

4.32. De vraag of het gelijkheidsbeginsel van toepassing is op de onderhavige vrijwillig door de gemeente georganiseerde aanbestedingsprocedure dient dus gezien het voorgaande – anders dan Exterior Media meent – niet aan de maatstaf zoals geformuleerd in het KLM/CCC arrest te worden beoordeeld. Overigens ziet dit arrest alleen op de situatie dat een private partij, zoals KLM, een vrijwillige aanbesteding organiseert.

4.33. De gemeente heeft tijdens de mondelinge behandeling overigens verklaard dat op deze procedure de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht, waaronder het gelijkheidsbeginsel, van toepassing zijn.

4.34. Vervolgens is aan de orde de beantwoording van de vraag of het matchingsrecht – zoals Clear Channel aanvoert en de gemeente en Exterior Media betwisten – in strijd is met het volgens de wet geldende uitgangspunt dat alle inschrijvers gelijk moeten worden behandeld.

4.35. Daarbij wordt vooropgesteld dat dit uitgangspunt in ieder geval gedurende de gehele aanbestedingsprocedure in acht moet worden genomen, dus vanaf de uitnodiging tot en met definitieve gunning.

De (sub)gunningscriteria zijn in deze aanbestedingsprocedure voor iedere uitgenodigde inschrijver gelijk. Er wordt aan de hand van dezelfde criteria beoordeeld of een inschrijver de economisch meeste voordelige inschrijving heeft gedaan.

Het toepassen van het matchingsrecht leidt er echter toe dat aan één van de inschrijvers, namelijk de zittende exploitant, Exterior Media, wordt bevoorrecht. Alleen aan Exterior Media wordt immers de kans geboden om, voor het geval dat zij niet het winnende bod heeft gedaan, het aanbod van “de winnende” inschrijver te evenaren. Zij krijgt dus als enige inschrijver de kans om haar bod ná inschrijving nog aan te passen en wel zodanig dat de concessie niet zoals gebruikelijk aan de winnende inschrijver, maar aan haar wordt gegund. Zij mag immers gelet op haar matchingsrecht een bod doen dat overeenkomt met het bod van de winnende inschrijver. Daarbij geldt dat aan haar ook kenbaar wordt gemaakt wat zij moet doen om het bod van de winnende inschrijver te evenaren. Exterior Media heeft doordat zij als enige een matchingsrecht heeft in feite dus een tweede kans om de concessie te verkrijgen, dit terwijl de andere inschrijvers maar één kans hebben.

4.36. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat het toepassing van het matchingsrecht in strijd is met het uitgangspunt dat alle inschrijvers gelijk moeten worden behandeld.

4.37. Vraag is vervolgens nog of dit tot toewijzing van de vorderingen van Clear Channel kan leiden.

4.38. De vordering strekkende tot een verbod om de onderhavige aanbestedingsprocedure voort te zetten en de concessie op basis van deze aanbestedingsprocedure aan Exterior Media te gunnen, is gezien het voorgaande toewijsbaar.

Dit neemt niet weg dat de gemeente bevoegd zal zijn om met Exterior Media of een derde in onderhandeling te treden over het sluiten van een concessieovereenkomst en op basis van die onderhandelingen een overeenkomst met Exterior Media dan wel een derde te sluiten. Zij is immers niet aanbestedingsplichtig ten aanzien van de concessie die zij wil verlenen en kan er daarom voor kiezen om door middel van onderhandelingen een overeenkomst ter zake de concessie te sluiten. Ook staat het haar vrij om een nieuwe vrijwillige aanbestedingsprocedure te organiseren, zij het dat zij daarin niet het matchingsrecht van toepassing mag verklaren.

4.39. Clear Channel vordert verder ook nog dat het de gemeente wordt verboden om de opdracht aan een derde te gunnen. Dit deel van de vordering is niet toewijsbaar, omdat de grondslag daarvoor niet is gebleken.

Er zijn in het kader van de onderhavige aanbestedingsprocedure geen derden aan wie de concessie zou kunnen worden gegund. Immers, alleen Clear Channel en Exterior Media hebben aan deze aanbestedingsprocedure deelgenomen.

Het staat de gemeente verder, zoals hiervoor al is overwogen, vrij om met derden in onderhandeling te treden over het sluiten van een overeenkomst met betrekking tot de concessie.

4.40. Clear Channel vordert tot slot nog dat de concessie alsnog definitief aan haar wordt gegund, behoudens het geval dat de gemeente besluit de concessie toch niet te willen aanbesteden. Deze vordering zal worden afgewezen.

Het in strijd handelen met het uitgangspunt van gelijke behandeling van alle inschrijvers maakt de gevoerde aanbestedingsprocedure gebrekkig. Dit gebrek kan naar het oordeel van de voorzieningenrechter niet anders worden geheeld dan de procedure opnieuw, maar dan zonder dit gebrek ofwel zonder toepassing van het matchingsrecht, te voeren.

Daarbij is van belang dat niet alle door de gemeente uitgenodigde ondernemers een inschrijving hebben ingediend en dat het aannemelijk is dat de reden dat de ondernemers die van inschrijving hebben afgezien, is gelegen in het feit dat het matchingsrecht op de aanbestedingsprocedure van toepassing is verklaard. De kans om de in deze aanbestedingsprocedure aan de orde zijnde concessie gegund te krijgen, is door de toepassing van dit matchingsrecht – zoals Clear Channel ook zelf aanvoert – immers zeer gering. Deze concessie zou alleen kunnen worden verkregen in het geval dat de inschrijvende ondernemer de economisch meest voordelige inschrijving heeft gedaan én Exterior Media:

- zich niet op haar matchingsrecht kan beroepen, omdat haar inschrijving ongeldig wordt verklaard, of
- afziet van haar beroep op haar matchingsrecht, of
- niet erin slaagt om het bod van de winnende inschrijver te matchen (evenaren).

De gemeente kan echter niet worden verplicht om de concessie opnieuw aan te besteden.

Vaststaat immers dat de gemeente ter zake deze concessie niet aanbestedingsplichtig is en dat zij de onderhavige procedure vrijwillig heeft georganiseerd. Clear Channel heeft overigens ook (terecht) geen heraanbesteding gevorderd.

4.41. De gemeente en Exterior Media zullen als de in het ongelijk gestelde partij hoofdelijk in de proceskosten van Clear Channel worden veroordeeld. Deze kosten worden begroot op € 1.429,00, waarvan € 613,00 aan griffierecht en € 816,00 aan salaris advocaat.

4.42. De door Clear Channel gevorderde nakosten zullen op de in de beslissing te noemen manier worden begroot. De gemeente en Exterior Media zullen daartoe hoofdelijk worden veroordeeld.

4.43. De door Clear Channel gevorderde wettelijke rente over de proceskosten en de nakosten zal op de beslissing te noemen manier worden toegewezen.

## 5. De beslissing

De voorzieningenrechter

*in het incident:*

5.1. compenseert de proceskosten in die zin dat iedere partij in het incident zijn eigen kosten draagt,

*in de hoofdzaak:*

5.2. verbiedt de gemeente om de aanbestedingsprocedure inzake de concessie voort te zetten en tot gunning van de concessie aan Exterior Media over te gaan,

5.3. veroordeelt de gemeente en Exterior Media hoofdelijk in de proceskosten, aan de zijde van Clear Channel tot op heden begroot op € 1.429,00, te voldoen binnen 14 dagen na de datum van dit vonnis, bij gebreke waarvan voormeld bedrag wordt vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de vijftiende dag na de datum van dit vonnis tot de dag van volledige betaling,

5.4. veroordeelt de gemeente en Exterior Media hoofdelijk, onder de voorwaarde dat zij niet binnen 14 dagen na aanschrijving door Clear Channel volledig aan dit vonnis voldoen, in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op:

- € 131,00 aan salaris advocaat, vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW met

ingang van de vijftiende dag na aanschrijving,

– te vermeerderen, indien betekening van het vonnis heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 68,00 aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van het vonnis, vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW met ingang van de vijftiende dag na betekening,

5.5. verklaart dit vonnis wat betreft 5.2. tot en met 5.4. uitvoerbaar bij voorraad,

5.6. wijst het meer of anders gevorderde af.

## »Annotatie

Deze zaak gaat over een meervoudig onderhandse procedure die een gemeente heeft georganiseerd voor het sluiten van een concessieovereenkomst voor het leveren, plaatsen, beheren, onderhouden en exploiteren van reclamepanelen. In de aanbestedingsstukken is bepaald dat de zittende exploitant, die ook is uitgenodigd om een inschrijving te doen, het recht heeft om een verbeterd bod uit te brengen dat zowel op prijs als kwaliteit gelijkwaardig is aan de winnende inschrijving, als de zittende exploitant de winnende inschrijving niet zelf heeft gedaan. De centrale vraag is of dit matchingsrecht in strijd is met het aanbestedingsrechtelijke uitgangspunt van gelijke behandeling. De voorzieningenrechter beantwoordt deze vraag bevestigend (r.o. 4.35-4-36). Dit oordeel is weinig verrassend en blijft in deze noot verder onbesproken. In deze noot komen de volgende twee aspecten aan de orde: (i) de toepasselijkheid van de in art. 1.15 en art. 1.16 Aanbestedingswet 2012 neergelegde uitgangspunten op een concessie voor diensten zonder duidelijk grensoverschrijdend belang; en (ii) de verplichtingen van de aanbestedende dienst met betrekking tot een niet-aanbestedingsplichte concessie (of opdracht) na gedwongen staking van een vrijwillig georganiseerde aanbestedingsprocedure.

### **i. Toepasselijkheid van art. 1.15 en art. 1.16 Aanbestedingswet 2012 op concessie voor diensten zonder grensoverschrijdend belang**

Partijen waren het erover eens dat de aanbesteding een vrijwillig georganiseerde meervoudig onderhandse procedure betrof (r.o. 4.3). Zij verschilden wel van mening over het antwoord op de vraag of de gemeente daarin gebonden was aan het aanbestedingsrechtelijke beginsel van gelijke behandeling. De tussenkomen partij betoogde dat deze vraag moest worden beantwoord aan de hand van de maatstaf uit het arrest *KLM/CCC*, waarin de verwachting die (potentiële) aanbieders redelijkerwijs aan de aanbesteding kunnen ontlenen centraal staat. [noot:1] De voorzieningenrechter ziet geen plaats voor toepassing van deze maatstaf, die alleen zou zien op door private partijen vrijwillig georganiseerde aanbestedingen. Zijn onderzoek naar het toepasselijk juridisch kader blijft beperkt tot een analyse van de Aanbestedingswet 2012. De voorzieningenrechter overweegt dat art. 1.7 Aanbestedingswet 2012 toepassing mist, omdat er geen aanbestedingsplicht bestaat. Art. 1.11 Aanbestedingswet 2012 zou eveneens toepassing missen, omdat er geen aankondiging is gedaan door de aanbestedende dienst. Hij overweegt dat er sprake is van een situatie als bedoeld in art. 1.14 Aanbestedingswet 2012, namelijk de situatie dat een aanbestedende dienst twee of meer ondernemers heeft uitgenodigd. De voorzieningenrechter oordeelt dat de aanbestedende dienst daarom op grond van art. 1.15 lid 1 Aanbestedingswet 2012 gebonden is aan het uitgangspunt van gelijke behandeling (r.o. 4.31.).

Op het eerste gezicht kwam het beroep van de tussenkomen partij op *KLM/CCC* mij vergezocht voor. Bij nader inzien is het oordeel van de voorzieningenrechter toch niet zo vanzelfsprekend. De in *KLM/CCC* geformuleerde maatstaf leent zich naar mijn mening in principe ook voor toepassing op door aanbestedende diensten vrijwillig georganiseerde aanbestedingen. Het oordeel van de Hoge Raad in dit arrest lijkt in belangrijke mate te zijn geïnspireerd op de conclusie van A-G Keus voorafgaand aan dit arrest, terwijl Keus van een ruim begrip 'private aanbesteding' uitging en daaronder tevens een door een publiekrechtelijke instelling vrijwillig georganiseerde aanbesteding verstond. [noot:2] Volgens de maatstaf uit *KLM/CCC* is de hoedanigheid van betrokken partijen één van de factoren op basis waarvan moet worden beoordeeld of bij een aanbesteding de verwachting is gewekt dat de aanbestedingsrechtelijke beginselen in acht zullen worden genomen. Dat de aanbestedende dienst is, is daarom een omstandigheid die in die beoordeling moet worden meegewogen. De principiële afwijzing van de maatstaf uit *KLM/CCC* door de voorzieningenrechter is in mijn ogen dus onjuist.

Aan de in *KLM/CCC* geformuleerde maatstaf wordt vanzelfsprekend alleen toegekomen, wanneer de

aanbestedende dienst niet reeds op grond van de Aanbestedingswet 2012 is gebonden aan de aanbestedingsrechtelijke beginselen of uitgangspunten. De voorzieningenrechter oordeelt in mijn ogen echter wel erg snel dat er sprake is van een situatie als bedoeld in art. 1.14 Aanbestedingswet 2012. Op basis van een grammaticale interpretatie van deze bepaling is verdedigbaar dat de in art. 1.15 en art. 1.16 Aanbestedingswet 2012 opgenomen uitgangspunten tevens van toepassing zijn op een meervoudig onderhandse procedure met betrekking tot een concessie voor diensten. Art. 1.14 Aanbestedingswet 2012 spreekt immers van “een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel (...) tot het verrichten van werken, leveringen of diensten”, wat ruimer is dan het begrip ‘overheidsopdracht’ en tevens een ‘concessie voor diensten’ kan omvatten. De parlementaire geschiedenis is echter niet geheel eenduidig over de werkingssfeer van de uitgangspunten. Hierin wordt in relatie tot de uitgangspunten op sommige plaatsen enkel gesproken over “opdrachten”. [noot:3] Andere passages wijzen erop dat de wetgever een ruimere werkingssfeer van de uitgangspunten heeft beoogd. Zo wordt in de nota van wijziging meer in algemene zin gesteld dat de uitgangspunten gelden voor “niet-Europese aanbestedingen”. [noot:4] In combinatie met een grammaticale interpretatie ligt het aannemen van een ruime werkingssfeer van afdeling 1.2.4 van de Aanbestedingswet 2012 in de rede. Uiteindelijk heeft de voorzieningenrechter naar mijn mening dan ook terecht geoordeeld dat art. 1.15 Aanbestedingswet 2012 van toepassing is, maar dit oordeel had een uitgebreidere motivering verdiend.

## ii. Verplichtingen aanbestedende dienst na gedwongen staking van vrijwillig georganiseerde aanbestedingsprocedure

De voorzieningenrechter oordeelt dat het door de gemeente gehanteerde matchingsrecht in strijd is met het uitgangspunt van gelijke behandeling en dus onrechtmatig is. Hij wijst het gevorderde verbod om de aanbestedingsprocedure voort te zetten daarom toe. De klagende inschrijver had tevens een verbod gevorderd om de concessie aan een derde te gunnen en voorts een voorwaardelijk gebod om de concessie aan haar te gunnen. De voorzieningenrechter wijst deze vorderingen af. Hij overweegt dat de gemeente ondanks het toegewezen verbod op het voortzetten van de aanbestedingsprocedure bevoegd is de concessie na onderhandelingen rechtstreeks te gunnen aan de inschrijver aan wie de concessie in eerste instantie voorlopig was gegund of een derde, omdat voor de concessie geen aanbestedingsplicht geldt. De gemeente zou om deze reden ook niet kunnen worden verplicht de concessie opnieuw aan te besteden (r.o. 4.38-4.40).

Bij deze overwegingen van de voorzieningenrechter heb ik ernstige bedenkingen. De verplichtingen van de aanbestedende dienst houden niet op bij naleving van de Aanbestedingswet 2012. Een aanbesteding is een precontractuele rechtsverhouding die wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid. Organen van aanbestedende diensten die bestuurorganen zijn, zijn bovendien gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. In de parlementaire geschiedenis van de Aanbestedingswet 2012 is nog eens bevestigd dat deze wet niet afdoet aan deze rechtsregels. [noot:5] Dat ten aanzien van de betrokken concessie op grond van de Aanbestedingswet 2012 geen aanbestedingsplicht bestaat, betekent dus nog niet dat de aanbestedende dienst onbegrensde handelingsvrijheid geniet. Naar mijn mening brengen de redelijkheid en billijkheid en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in een geval als het onderhavige mee dat de gemeente behoudens de aanwezigheid van een objectieve rechtvaardigingsgrond de concessie opnieuw moet aanbesteden en daarvoor de klagende inschrijver moet uitnodigen. Door er in eerste instantie voor te kiezen de concessie na een aanbesteding te gunnen, heeft de gemeente immers de verwachting gewekt dat zij de concessie niet onderhands zou gunnen. Op basis van die verwachting zullen belangstellende ondernemers inspanningen hebben verricht en kosten hebben gemaakt om aan de aanbesteding te kunnen deelnemen. Daar komt bij dat de gemeente de keuze voor de oorspronkelijke procedure en de uitgenodigde ondernemer op basis van objectieve criteria zal hebben gemaakt, althans dat mag worden aangenomen. [noot:6] Die keuzes hoeven bij een gedwongen heraanbesteding niet noodzakelijk exact gelijk uit te vallen, maar eventuele ‘gewijzigde inzichten’ verdienen naar mijn mening een kritische opstelling van de rechter.

Vorderingen tot heraanbesteding zijn in situaties waarin geen aanbestedingsplicht gold al eerder door voorzieningenrechtters afgewezen. [noot:7] Gelukkig zijn er in de jurisprudentie ook andere geluiden te horen. Zo oordeelde de voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag al eens in een dergelijk geval, dat het in strijd was met de redelijkheid en billijkheid om een opdracht na een gebrekkige procedure alsnog onderhands te gunnen. [noot:8] De voorzieningenrechter van de Rechtbank Breda oordeelde onder verwijzing naar deze uitspraak in dezelfde zin. [noot:9] Overigens wees hij het gevorderde bevel tot heraanbesteding toch af, omdat alle inschrijvers een ongeldige inschrijving hadden gedaan, waardoor zij volgens de voorzieningenrechter geen

verwachtingen meer mochten koesteren omtrent het verkrijgen van de opdracht. Tot slot heeft de voorzieningenrechter van de Rechtbank Gelderland meer recent geoordeeld dat de aanbestedende dienst na het staken van een meervoudig onderhandse procedure gehouden was bij heraanbesteding dezelfde partijen uit te nodigen, tenzij de aanbestedende dienst goede redenen had dit niet te doen. [noot:10]

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

## »Voetnoten

[1]  
HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2900, «JAAN» 2013/111, m.nt. 't Hart, r.o. 4.5.

[2]  
Conclusie A-G Keus punt 2.3, ECLI:NL:PHR:2013:BZ2900.

[3]  
*Kamerstukken II 2009/10*, 32.440, nr. 3 (MvT), p. 13-15.

[4]  
*Kamerstukken II 2009/10*, 32.440, nr. 11, p. 14.

[5]  
*Kamerstukken II 2009/10*, 32.440, nr. 11, p. 14.

[6]  
Art. 1.4 lid 1 Aanbestedingswet 2012.

[7]  
Vzr. Rb. Den Haag 19 december 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BC3862, «JAAN» 2007/164, r.o. 3.9; Vzr. Rb. Zwolle-Lelystad 27 december 2011, ECLI:NL:RBZLY:2011:BV9297, «JAAN» 2012/44, r.o. 7.9.

[8]  
Vzr. Rb. Den Haag 30 maart 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BL9937, r.o. 3.11. Dit vonnis is in hoger beroep bekrachtigd; Hof Den Haag 21 juni 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BR0188, «JAAN» 2011/71.

[9]  
Vzr. Rb. Breda 12 mei 2010, ECLI:RBBRE:2010:BM4205, r.o. 3.6.

[10]  
Vzr. Rb. Gelderland 7 juli 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:4742, «JAAN» 2014/157, m.nt. Damsma, r.o. 4.7.