

JAAN2015/178 Intrekking gunningsbeslissing wegens een ondeugdelijk uitgevoerde...**JAAN 2015/178 Voorzieningenrechter van de rechtbank Breda, 19-11-2014, C/02/286959/KG ZA 14-590, C/02/288961/KG ZA 14-687****Intrekking gunningsbeslissing wegens een ondeugdelijk uitgevoerde beoordeling, Integrale herbeoordeling, Gelijkheidsbeginsel prevaleert boven vertrouwensbeginsel, (On)geldigheid inschrijving, Voorwaardelijke inschrijving, Ongeldigheidsgronden kunnen na bekendmaking van een voorlopige gunningsbeslissing worden ingeroepen, mits in het kader van een nieuwe gunningsbeslissing, Belang bij vorderingen, Ongeoorloofde kennisvoorsprong, Belangenverstrengeling, Geen gebod tot heraanbesteding****»Samenvatting**

Gemeente Steenbergen is eigenaar van de Jachthaven, die sinds 2012 wordt beheerd door Jachthaven de Schapenput. Met betrekking tot de exploitatie van de Jachthaven start de gemeente in januari 2014 een marktconsultatie, waaraan JP Recreatiemanagement deelneemt. De marktconsultatie resulteert in april 2014 in een aanbesteding. In het programma van eisen staat dat partijen die hebben bijgedragen aan het opstellen van de aanbestedingsdocumenten uitgesloten zijn van inschrijving. Hieronder vallen echter niet de partijen die hebben deelgenomen aan de marktconsultatie, zo staat in het programma. In juli 2014 deelt de gemeente mee dat zij een gunningsbeslissing ten gunste van Jachthaven de Schapenput heeft genomen. JP Recreatiemanagement start een kort geding, waarin zij vordert dat het de gemeente verboden wordt om de exploitatie van de Jachthaven aan Jachthaven de Schapenput te gunnen. Volgens JP Recreatiemanagement beschikt Jachthaven de Schapenput over een ontoelaatbare kennisvoorsprong en heeft zij daarnaast bijgedragen aan de aanbesteding. Omdat de gemeente naar aanleiding van de bezwaren van JP Recreatiemanagement constateert dat de door haar uitgevoerde beoordeling ondeugdelijk is besluit zij de voorgenomen gunning in te trekken en een integrale herbeoordeling uit te voeren. Na herbeoordeling gunt de gemeente de opdracht in september 2014 wederom aan Jachthaven de Schapenput en verklaart zij ditmaal de inschrijving van JP Recreatiemanagement ongeldig. JP Recreatiemanagement maakt een tweede geding bij de voorzieningenrechter aanhangig. JP Recreatiemanagement stelt in dit kort geding primair dat de gemeente Jachthaven de Schapenput had moeten uitsluiten van de aanbesteding en tot een heraanbesteding had moeten overgaan. Subsidiair stelt JP Recreatiemanagement dat de gemeente zich bij de herbeoordeling had moeten beperken tot de door JP Recreatiemanagement aangevoerde bezwaren (zoals aangevoerd in het eerdere kort geding), en dat de gemeente alvorens over te gaan tot een herbeoordeling (indien Jachthaven de Schapenput niet zou worden uitgesloten) haar in de gelegenheid had moeten stellen haar inschrijving aan te passen met behulp van de door de gemeente aan haar te verschaffen informatie waarover Jachthaven de Schapenput ook beschikte op het moment van haar inschrijving. Een integrale herbeoordeling zou in strijd zijn met het vertrouwensbeginsel, aldus JP Recreatiemanagement. De gemeente voert als verweer dat een heraanbesteding een veel te zwaar middel is in het onderhavige geval en dat zij bewust heeft gekozen voor een integrale herbeoordeling. Het gelijkheidsbeginsel verplicht haar daar immers toe, omdat een enkele herbeoordeling van de inschrijving van JP Recreatiemanagement geen recht zou doen aan de positie van Jachthaven de Schapenput, aldus de gemeente. De voorzieningenrechter behandelt het tweede geding samen met het eerste.

Mocht de gemeente de gunningsbeslissing van juli 2014 intrekken en een nieuwe nemen?

Naar oordeel van de voorzieningenrechter is dit handelen van de gemeente – in tegenstelling tot wat JP Recreatiemanagement stelt – niet in strijd met het vertrouwensbeginsel, omdat het gelijkheidsbeginsel in het aanbestedingsrecht prevaleert boven het vertrouwensbeginsel (Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 1 juli 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:5273, «JAAN» 2014/144). De aanbestedende dienst blijft in verband met het gelijkheidsbeginsel en het uitgangspunt dat alleen geldige inschrijvingen tot gunning van een opdracht moeten kunnen leiden, bevoegd de voorlopige gunningsbeslissing in te trekken en een nieuwe gunningsbeslissing te nemen, mits een nieuwe termijn voor de rechtsbescherming in acht wordt genomen. De gemeente heeft de gunningsbeslissing van 8 juli 2014 ingetrokken en op 23 september 2014 een nieuwe gunningsbeslissing

genomen, waarbij zij een nieuwe termijn van 20 dagen heeft gesteld waarvan JP Recreatiemanagement ook gebruik heeft gemaakt.

Nu de gunningsbeslissing van juli 2014 is ingetrokken, heeft JP Recreatiemanagement geen belang meer bij de vorderingen die zijn ingesteld in de eerste zaak, die de voorzieningenrechter dan ook afwijst.

Is de inschrijving van JP Recreatiemanagement in september 2014 terecht ongeldig verklaard?

Volgens de gemeente is de inschrijving op twee zelfstandige gronden ongeldig: JP Recreatiemanagement heeft 1. niet voldaan aan de 'Kolken-eis'; en 2. een voorwaardelijke inschrijving gedaan (ongeldige (canon-)prijsaanbieding).

De voorzieningenrechter is van oordeel dat het door JP Recreatiemanagement op het inschrijvingsbiljet ingevulde canonbedrag van € 5.000 niet onvoorwaardelijk is geoffreerd. In feite heeft zij door de vermelding dat zij vanaf het jaar 2019 een bedrag van € 10.000 zal voldoen, een niet toegestaan alternatief prijsarrangement aangeboden, met wisselende canonprijzen voor de erfpachtperiode. Daarmee heeft JP Recreatiemanagement feitelijk het voorgeschreven inschrijvingsbiljet gewijzigd, hetgeen niet is toegestaan en leidt tot onvergelykbare inschrijvingen. Nu de inschrijving van JP Recreatiemanagement niet voldoet aan de voorwaarde dat voor de canon één bedrag dient te worden opgegeven, heeft de gemeente terecht de inschrijving van JP Recreatiemanagement als ongeldig aangemerkt. In het bestek is immers aangegeven dat wanneer niet volledig en onvoorwaardelijk aan een eis wordt voldaan, dit tot ongeldigheid van de inschrijving leidt. Omdat hierom al sprake is van een ongeldige inschrijving, is niet van belang of JP Recreatiemanagement al dan niet heeft voldaan aan de 'Kolken-eis'.

Heeft JP Recreatiemanagement, nu haar inschrijving ongeldig is, belang bij haar vorderingen?

Volgens de gemeente moet een ongeldige inschrijving worden geacht niet te zijn gedaan, zodat deze inschrijving geen deel meer uitmaakt van de aanbesteding. De vorderingen van JP Recreatiemanagement dienen dan in beginsel te worden afgewezen wegens gebrek aan belang.

De voorzieningenrechter deelt dit standpunt van de gemeente niet. Voldoende is dat JP Recreatiemanagement zich erop beroept dat de gemeente ten onrechte niet een uitsluitingsgrond ten aanzien van Jachthaven de Schapenput, de enige andere inschrijver, heeft toegepast. In het geval die uitsluitingsgrond zou moeten worden toegepast, heeft JP Recreatiemanagement immers een belang bij haar vordering die strekt tot heraanbesteding (vgl. HvJ EU 4 juli 2013, nr. C-100/12, Fastweb).

Had Jachthaven de Schapenput van de aanbesteding moeten worden uitgesloten?

In het PvE staat dat partijen die hebben bijgedragen aan het opstellen van de aanbestedingsstukken zijn uitgesloten van inschrijving.

De voorzieningenrechter is van oordeel dat een normaal oplettende en redelijk geïnformeerde inschrijver heeft moeten begrijpen dat deze bepaling niet de strekking heeft om een zittende dienstverlener uit te sluiten, die aan de gemeente uit hoofde van een huidige beheersovereenkomst informatie verstrekt ten behoeve van een door gemeente zelf op te stellen document, met name niet als die informatie zich bij de aanbestedingsstukken bevindt. In het geval een partij anderszins op niet transparante wijze heeft bijgedragen aan het opstellen van de stukken, levert dat wel een uitsluiting op.

De gemeente erkent dat zij in het kader van de huidige beheerdersovereenkomst met Jachthaven de Schapenput inzicht heeft gekregen inzake het aantal passantenovernachtingen. De gemeente heeft deze informatie in de aanbestedingsstukken verwerkt.

De voorzieningenrechter komt tot de conclusie dat Jachthaven de Schapenput niet hoefde te worden uitgesloten.

Had Jachthaven de Schapenput een ongeoorloofde kennisvoorsprong?

De voorzieningenrechter is van oordeel dat de gemeente er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat de door haar verstrekte informatie voor inschrijvers afdoende is geweest voor het kunnen doen van een passende inschrijving. Als deze informatie onvoldoende zou zijn geweest voor JP Recreatiemanagement om een passende inschrijving te kunnen doen, of zoals zij stelt er voor haar wezenlijke informatie in de aanbestedingsdocumenten ontbrak, dan had het op haar weg gelegen om de gemeente hier op te wijzen en

daarbij concreet aan te geven aan welke specifieke informatie behoefte was.

Is er sprake van belangenverstrengeling tussen de gemeente en Jachthaven de Schapenput?

Anders dan JP Recreatiemanagement stelt volgt uit de omstandigheid dat de huidige havenmeester familie is van de eigenaar van Jachthaven de Schapenput nog niet dat daarmee sprake is van een belangenverstrengeling.

De voorzieningenrechter komt tot de conclusie dat niet is gebleken van betrokkenheid van Jachthaven de Schapenput bij het opstellen van de aanbestedingsdocumenten. Evenmin is gebleken van een ongeoorloofde kennisvoorsprong en van belangenverstrengeling. De vorderingen die strekken tot heraanbesteding zijn daarom niet toewijsbaar.

De voorzieningenrechter wijst in beide zaken de vorderingen af.

beslissing/besluit

»Uitspraak

1. De procedure

1.1. In de zaak met rolnummer C/02/286959 / KG ZA 14-590 is de mondelinge behandeling aanvankelijk gepland op 9 oktober 2014. Op verzoek van partijen is deze behandeling aangehouden en gevoegd behandeld met de zaak met rolnummer C/02/288961 / KG ZA 14-687.

1.2. Het verdere verloop van de procedure blijkt uit:

In de zaak met rolnummer C/02/286959 / KG ZA 14-590:

- de dagvaarding van 29 augustus 2014 met producties 1 tot en met 14,
- de conclusie van antwoord met producties 1 tot en met 27,

In de zaak met rolnummer C/02/288961 / KG ZA 14-687:

- de dagvaarding van 13 oktober 2014 met producties 1 tot en met 5,
- de aanvullende producties van JP Recreatiemanagement 1.1 tot en met 1.14,
- de brieven van de gemeente van 29 en 31 oktober met producties 28 tot en met 35,

In beide zaken:

- de mondelinge behandeling op 5 november 2014,
- de aanvullende producties van JP Recreatiemanagement, genummerd 15 tot en met 19,
- de pleitnota van JP Recreatiemanagement,
- de pleitnota van de gemeente.

1.3. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. Het geschil

2.1. JP Recreatiemanagement vordert dat de voorzieningenrechter bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad:

In de zaak met rolnummer C/02/286959 / KG ZA 14-590:

- 1) de gemeente verbiedt uitvoering te geven aan haar voornemen om de exploitatie van de jachthaven Steenberg en aan jachthaven De Schapenput te gunnen;
- 2) primair: de gemeente gebiedt de opdracht tot exploitatie van de gemeente Steenberg en aan JP Recreatiemanagement te gunnen;
- 3) subsidiair: de gemeente gebiedt een nieuwe aanbestedingsprocedure op te starten met betrekking tot de exploitatie van de jachthaven Steenberg en daarbij te bepalen dat:
 - a. Primair: jachthaven de Schapenput wordt uitgesloten van deelname aan voornoemde heraanbesteding, althans;
 - b. Subsidiair: de gemeente beveelt om bij voornoemde heraanbesteding ex artikel 843a Rv aan JP Recreatiemanagement alle informatie te verstrekken die de gemeente en/of door de gemeente in het kader

van de aanbesteding direct of indirect inschakelde derden aan De Schapenput ter beschikking heeft gesteld en/of alle informatie die de gemeente en/of door de gemeente in het kader van de aanbesteding direct of indirect ingeschakelde derden van De Schapenput en/of van andere instanties heeft/hebben ontvangen tijdens de voorbereiding van de aanbesteding;

4) de gemeente veroordeelt om binnen vijf dagen na dagtekening van dit vonnis aan JP Recreatiemanagement inzage te verschaffen in het aanbestedingsdossier van de gemeente met betrekking tot de aanbesteding van de exploitatie van de jachthaven Steenbergen met kenmerk: SIW-STE-HAT-2014-02;

5) aan de gemeente een dwangsom oplegt van € 10.000,00 indien de gemeente geheel of gedeeltelijk niet zal voldoen aan het bepaalde onder 1 en/of 2;

6) aan de gemeente een dwangsom oplegt van € 5.000,00 per dag, een deel van een dag daaronder begrepen voor zover en zolang de gemeente geheel of gedeeltelijk niet voldoet aan het onder 3 en of 4 bepaalde;

7) de gemeente veroordeelt in de kosten van dit geding inclusief het salaris van de advocaat van JP Recreatiemanagement en inclusief de nakosten, onder bepaling dat de gemeente de wettelijke rente over de proceskosten verschuldigd worden wanneer deze niet binnen veertien dagen na dagtekening van dit vonnis zijn betaald.

In de zaak met rolnummer C/02/286959 / KG ZA 14-590:

1) de gemeente gebiedt de beslissing van 10 september 2014 (inhoudende het intrekken van de eerste gunningsbeslissing van 8 juli 2014 en het houden van een herbeoordeling) in te trekken;

2) de gemeente verbiedt andermaal een herbeoordeling uit te voeren, althans de gemeente gebiedt om zich bij het uitvoeren van een herbeoordeling:

i. te beperken tot de door JP Recreatiemanagement in haar bezwaar van 15 augustus 2014 genoemde onderdelen, althans de gemeente verbiedt om in de herbeoordeling te betrekken de beweerdelijke (on)geldigheid van de inschrijving van JP Recreatiemanagement;

ii. indien Jachthaven de Schapenput bij de herbeoordeling ondanks haar informatievoorsprong niet wordt uitgesloten, om alsdan alvorens over te gaan tot een herbeoordeling:

a. JP Recreatiemanagement in dezelfde positie te brengen als Jachthaven de Schapenput door aan JP Recreatiemanagement alle informatie te verstrekken waarover ook Jachthaven De Schapenput de beschikking heeft (gehad) bij het doen van haar inschrijving, en;

b. JP Recreatiemanagement in de gelegenheid te stellen om naar aanleiding van de verkregen informatie haar inschrijving desgewenst aan te vullen en/of te wijzigen;

3) de gemeente verbiedt uitvoering te geven aan haar voornemen van 23 september 2014 om de exploitatie van de jachthaven Steenbergen aan jachthaven De Schapenput te gunnen, althans de gemeente verbiedt de opdracht tot exploitatie van de jachthaven van de gemeente aan een ander dan JP Recreatiemanagement te gunnen;

4) de gemeente gebiedt de opdracht tot exploitatie van de gemeente aan JP Recreatiemanagement te gunnen, althans de gemeente verbiedt de opdracht tot exploitatie van de jachthaven van de gemeente aan een ander dan JP Recreatiemanagement te gunnen;

5) aan de gemeente een dwangsom oplegt van € 5.000,-- indien de gemeente geheel of gedeeltelijk niet zal voldoen aan één van de vorderingen onder 1 tot en met 4;

6) de gemeente veroordeelt in de kosten van het geding inclusief het salaris van de advocaat van JP Recreatiemanagement en inclusief de nakosten, onder bepaling dat de gemeente de wettelijke rente over de proceskosten verschuldigd worden wanneer deze niet binnen veertien dagen na dagtekening van dit vonnis zijn betaald.

2.2. De gemeente voert verweer.

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

3. De feiten

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

a. De gemeente is per 1 januari 2013 eigenaar en exploitant geworden van de Jachthaven Steenbergen, hierna te noemen de Jachthaven.

- b. In 2012 heeft de gemeente, na aanbesteding, de opdracht strekkend tot het beheer van de Jachthaven gegund aan V.O.F. Jachthaven de Schapenput.
- c. Sinds 1 januari 2013 is de heer D-J. van Weezel, mede-eigenaar van Jachthaven de Schapenput, de havenmeester van de Jachthaven.
- d. Met betrekking tot de exploitatie van de Jachthaven heeft de gemeente op 16 januari 2014 een aankondiging voor een marktconsultatie gepubliceerd, waarin is aangegeven dat de gemeente een Programma van Eisen heeft opgesteld die zij wilde voorleggen aan marktpartijen met onder meer als doel het verkrijgen van een goed beeld van de opbouw en structuur van de markt en het toetsen of de in het Programma van Eisen geformuleerde opdracht aansluit bij de mogelijkheden van de markt en op welke punten deze nog dient te worden geoptimaliseerd.
- e. JP Recreatiemanagement heeft meegedaan met de marktconsultatie.
- f. De aankondiging van de opdracht voor de exploitatie van de Jachthaven is door de Gemeente gepubliceerd op onder meer de TED op 29 april 2014.
- g. Het Programma van Eisen vermeldt onder meer:

"3.4.3

'Overige voorwaarden

'Partijen die hebben bijgedragen aan het opstellen van de aanbestedingsdocumenten zijn uitgesloten van inschrijving op de aanbesteding van exploitatie van de jachthaven van Steenberg. Hieronder vallen niet de partijen die hebben deelgenomen aan de marktconsultatie d.d. 6 februari 2014'.

h. Door de inschrijvers zijn 30 vragen met betrekking tot het Programma van Eisen gesteld, waarvan de vragen 29 en 30 zijn gesteld door JP Recreatiemanagement en de overige vragen door de enige andere inschrijver: Jachthaven de Schapenput.

i. De door JP Recreatiemanagement gestelde vragen en de door de gemeente daarop in de Nota van inlichtingen gegeven antwoorden luiden:

vraag 29:

"Is het mogelijk om een plattegrondtekening van de haven (en het te verpachten water) alsook de landtong in auto-cad aangeleverd te krijgen?"

antwoord:

"Deze is als autocad bestand toegevoegd bij deze Nota van Inlichtingen."

vraag 30:

"Kan u de financiële begroting 2014 en de jaarrekening 2013 van de jachthaven exploitatie ter beschikking stellen. Het exploitatie overzicht van Brabant Jachtbouw BV geeft maar een summier inzicht van de exploitatie".

antwoord:

"Er is geen financiële begroting 2014. Het concept exploitatieresultaat 2013 wordt uiterlijk 22 mei 2014 op Tendered gepubliceerd. Deze gegevens zijn op dit moment nog niet volledig."

j. De gemeente heeft bij brief van 8 juli 2014 aan de inschrijvers medegedeeld dat zij een gunningsbeslissing ten gunste van Jachthaven de Schapenput heeft genomen en een bezwaartermijn tot en met 1 september 2014 heeft gesteld.

k. In verband met bezwaren van JP Recreatiemanagement tegen de gunningsbeslissing heeft op 19 augustus 2014 tussen JP Recreatiemanagement en de gemeente een bespreking plaatsgehad.

l. Na die bespreking heeft de Gemeente besloten om de voorlopige gunningsbeslissing van 8 juli 2014 in te trekken en een nieuwe beoordeling uit te voeren.

m. Bij brief van 23 september 2014 heeft de Gemeente aan JP Recreatiemanagement medegedeeld dat de Gemeente voornemens is de opdracht aan Jachthaven de Schapenput te gunnen en dat JP Recreatiemanagement een ongeldige inschrijving heeft gedaan. Ten aanzien van de ongeldigheid van de inschrijving van JP Recreatiemanagement deelt de gemeente onder meer mede:

"Motivering ongeldigheid inschrijving JP Recreatiemanagement

Vooropgesteld dient te worden dat uit het Programma van Eisen "Exploitatie Jachthaven Steenberg", hierna "Programma van Eisen", expliciet en nadrukkelijk volgt dat (blz. 26 Programma van Eisen): "Ten aanzien van de

eisen geldt dat inschrijvers volledig en onvoorwaardelijk hieraan dienen te voldoen om in aanmerking te komen voor gunning. Als een inschrijver niet aan elke eis voldoet, dan is zijn inschrijving ongeldig en wordt hij uitgesloten van verdere deelname aan de aanbesteding”.

De ongeldigheid van de inschrijving van JP Recreatiemanagement berust op een tweetal zelfstandige gronden, die ieder op zichzelf beschouwd dus leiden tot ongeldigheid van de inschrijving.

Allereerst is de inschrijving van JP Recreatiemanagement in strijd met een expliciete eis in het Programma van Eisen, 2.41, dat de havenindeling zo moet zijn ingericht dat de kolken te allen tijde vrij zijn van ligplaatsen (hierna: de 'Kolken-eis').

De tweede ongeldigheidsgrond is gelegen in het feit dat JP Recreatiemanagement een voorwaardelijke inschrijving heeft gedaan met betrekking tot de door haar geoffreerde (canon-)prijs althans een niet toegestane prijsdifferentiatie met betrekking tot de canon prijs heeft geoffreerd (hierna: 'ongeldige canon-)prijs-aanbieding').”

n. In verband met de nieuwe gunningsbeslissing van 23 september 2014 heeft de gemeente een nieuwe termijn gesteld, die eindigt op maandag 13 oktober 2014.

4. De beoordeling

4.1. JP Recreatiemanagement grondt haar vorderingen op de stelling dat de gemeente het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel heeft geschonden door de opdracht te gunnen aan jachthaven De Schapenput, omdat jachthaven De Schapenput beschikte over een ontoelaatbare kennisvoorsprong en daarnaast heeft bijgedragen aan de aanbesteding. Volgens JP Recreatiemanagement diende de gemeente Jachthaven de Schapenput uit te sluiten dan wel een heraanbesteding te organiseren, maar was zij niet bevoegd tot het doen van een herbeoordeling, omdat dit in strijd is met het vertrouwensbeginsel.

Subsidiar stelt JP Recreatiemanagement dat de gemeente zich bij de herbeoordeling had dienen te beperken tot de door JP Recreatiemanagement aangevoerde bezwaren tegen de eerste beoordeling en dat het daarnaast niet is toegestaan om achteraf op grond van nieuwe argumenten een inschrijving alsnog ongeldig te verklaren. Zij verwijst in dit verband naar de arresten van de Hoge Raad van 7 december 2012 (LJN:BW9231 en BW9233) en de totstandkomingsgeschiedenis van de Aanbestedingswet.

JP Recreatiemanagement stelt dat zij daarom ten minste een herkansing dient te krijgen, ditmaal op basis van gelijkheid, waartoe de gemeente aan JP Recreatiemanagement integraal de informatie ter beschikking dient te stellen waarover jachthaven De Schapenput kon beschikken. Meer subsidiar stelt JP Recreatiemanagement dat de gemeente alvorens over te gaan tot een integrale herbeoordeling er eerst voor had moeten zorgen dat JP Recreatiemanagement de beschikking kreeg over dezelfde informatie als waarover Jachthaven de Schapenput kon beschikken en had zij JP Recreatiemanagement de gelegenheid moeten bieden om naar aanleiding van die informatie haar inschrijving desgewenst te wijzigen en/of aan te vullen.

4.2. De gemeente voert als verweer dat uit de bezwaren van JP Recreatiemanagement in haar brief van 15 augustus 2014 in feite reeds volgt dat het noodzakelijk was over te gaan tot integrale herbeoordeling. De gemeente licht toe dat zij naar aanleiding van die bezwaren heeft vastgesteld dat sprake was van een ondeugdelijk uitgevoerde beoordeling. Gelet op de geconstateerde gebreken was het in stand laten van de voorlopige gunningsbeslissing van 8 juli 2014 geen optie. Volgens de gemeente was een heraanbesteding een veel te zwaar strekkend middel en was hiertoe ook geen aanleiding. De gemeente stelt dat zij daarom heeft gekozen voor een integrale herbeoordeling, waarbij zij zich niet enkel kon beperken tot de door JP Recreatiemanagement aangevoerde bezwaren. Het gelijkheidsbeginsel verplicht de gemeente immers tot een integrale herbeoordeling, omdat een enkele herbeoordeling van de inschrijving van JP Recreatiemanagement geen recht zou doen aan de positie van Jachthaven De Schapenput.

De gemeente licht toe dat naar aanleiding van de herbeoordeling twee ongeldigheidsgronden met betrekking tot de inschrijving van JP Recreatiemanagement naar boven kwamen en dat zij in strijd met het transparantie- en gelijkheidsbeginsel zou handelen door genoeg te nemen met een ongeldige inschrijving van JP Recreatiemanagement. De gemeente stelt dat het beroep van JP Recreatiemanagement op het vertrouwensbeginsel geen kans maakt, omdat naar vaste jurisprudentie het gelijkheidsbeginsel boven het vertrouwensbeginsel prevaleert (Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 1 juli 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:5273).

De voorzieningenrechter overweegt als volgt:

4.3. Ter beoordeling staat allereerst of de gemeente de voorlopige gunningsbeslissing van 8 juli 2014 mocht intrekken en een nieuwe voorlopige gunningsbeslissing mocht nemen.

De gemeente heeft naar aanleiding van de bezwaren van JP Recreatiemanagement haar voorlopige gunningsbeslissing van 8 juli 2014 en de motivering daarvan onder de loep genomen en vervolgens vastgesteld dat zij op meerdere onderdelen het in het Programma van Eisen kenbaar gemaakte beoordelingskader en gunningscriteria niet correct heeft toegepast. Vervolgens heeft de gemeente de voorlopige gunningsbeslissing van 8 juli 2014 ingetrokken en – na herbeoordeling van de inschrijvingen – een nieuwe voorlopige gunningsbeslissing genomen.

Naar oordeel van de voorzieningenrechter is dit handelen van de gemeente niet in strijd met het vertrouwensbeginsel, omdat het gelijkheidsbeginsel in het aanbestedingsrecht prevaleert boven het vertrouwensbeginsel. Zoals overwogen in het bovengenoemde arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden verzet het gelijkheidsbeginsel zich ertegen dat één inschrijver een beroep op het vertrouwensbeginsel kan doen.

De aanbestedende dienst blijft in verband met het gelijkheidsbeginsel en het uitgangspunt dat alleen geldige inschrijvingen tot gunning van een opdracht moeten kunnen leiden bevoegd de voorlopige gunningsbeslissing in te trekken en een nieuwe gunningsbeslissing te nemen, mits een nieuwe termijn voor de rechtsbescherming in acht wordt genomen. De hiervoor genoemde arresten van de Hoge Raad van 7 december 2012 verzetten zich hier niet tegen. Anders dan hier hebben de genoemde arresten betrekking op de situatie dat een gunningsbeslissing tardief wordt aangevuld met andere/reeds bestaande gronden (dus in het kader van dezelfde gunningsbeslissing) in de aanloop naar de behandeling van het aanhangig gemaakte kort geding. Van een aanvulling is hier geen sprake, omdat de gunningsbeslissing van 8 juli 2014 is ingetrokken en er op 23 september 2014 een nieuwe gunningsbeslissing is genomen, in welk verband een nieuwe termijn van 20 dagen is gesteld waarvan JP Recreatiemanagement ook gebruik heeft gemaakt.

De conclusie luidt dat de gemeente bevoegd was de gunningsbeslissing van 8 juli 2014 in te trekken en een nieuwe gunningsbeslissing te nemen. Omdat de gunningsbeslissing van 8 juli 2014 is ingetrokken heeft JP Recreatiemanagement geen belang meer bij de desondanks gehandhaafde vorderingen die zijn ingesteld in de zaak met rolnummer C/02/286959 / KG ZA 14-590. Die vorderingen worden dan ook afgewezen, met voorlopige uitzondering van de vordering die is gegrond op artikel 843a Rv en hierna nog wordt behandeld.

4.4. Ter beoordeling staat vervolgens of de gemeente de inschrijving van JP Recreatiemanagement in de voorlopige gunningsbeslissing van 23 september terecht ongeldig heeft verklaard. De gemeente heeft de inschrijving van JP Recreatiemanagement ongeldig verklaard omdat de inschrijving niet voldoet aan twee voorwaarden: de zogenaamde kolkeneis en de aanbidding van de canonhuurprijs.

Ten aanzien van de canonhuurprijs staat vast dat JP Recreatiemanagement op het inschrijvingsbiljet een bedrag van € 5.000,00 heeft ingevuld voor de jaarlijkse canonhuurprijs en dat zij op de bij de inschrijving gevoegde exploitatiebegroting aan het einde vetgedrukt heeft vermeld:

“De huurcanon welke zal worden voldaan aan de gemeente Steenbergen is door ons vastgesteld op de jaren 2015 t/m 2018 op € 5.000,- per jaar, vanaf 2019 zal de jaarlijkse canon € 10.000,- bedragen.”

JP Recreatiemanagement betwist dat haar inschrijving op het onderdeel van de canon ongeldig is. Hiertoe voert zij als verweer dat het Programma van Eisen noch het inschrijfbiljet zouden beletten dat een inschrijver ten aanzien van de canon een aanbidding kan doen die na een aantal jaren kan worden verhoogd. Volgens haar is de ingevulde prijs van € 5.000,00 maatgevend. Dat in de bijlage getiteld “exploitatiebegroting” is vermeld dat de bereidheid bestaat om vanaf 2019 de canon te verhogen naar € 10.000,00 laat volgens JP Recreatiemanagement onverlet dat de aangeboden prijs een bedrag is van € 5.000,00.

De gemeente heeft in haar brief van 23 september 2014 de ongeldigheid van de (canon)-prijsaanbidding als volgt toegelicht:

“Inschrijvers dienen een jaarlijks aan de Gemeente te betalen canonprijs op te geven in het daarvoor bestemde inschrijfbiljet dat als bijlage 3 bij het Programma van Eisen is gevoegd. Uit deze bijlage volgt dat door inschrijvers één onvoorwaardelijke canonprijs dient te worden aangeboden, die jaarlijks dus gelijk zal zijn voor de duur van de erfpachtovereenkomst. Het inschrijfbiljet biedt geen mogelijkheid om variabele prijsarrangementen, bijvoorbeeld jaarlijks wisselende canonprijzen, aan te bieden.

Door JP Recreatiemanagement is op het door haar ingediende Inschrijfbiljet conform bijlage 3 Programma van Eisen een jaarlijks aan de Gemeente te betalen canonbedrag ingevuld van € 5.000,-. In de tevens door JP Recreatiemanagement bij haar inschrijving gevoegde Exploitatiebegroting wordt echter vermeld: “De huurcanon welke zal worden voldaan aan de gemeente Steenbergen is door ons vastgesteld op de jaren 2015 t/m 2018 op € 5.000,- per jaar, vanaf 2019 zal de jaarlijkse canon € 10.000,- bedragen. Deze (‘vetgedrukte’) mededeling wordt extra kracht bijgezet met een expliciete ondertekening hiervan door de heren Lodder en

Van Vuren van JP Recreatiemanagement.

Uit voormelde expliciete mededeling van JP Recreatiemanagement op haar Exploitatiebegroting volgt dus dat de door JP Recreatiemanagement op haar inschrijfbiljet vermelde jaarlijkse canonprijs van € 5.000,- niet onvoorwaardelijk voor 30 jaar is gedaan, maar door JP Recreatiemanagement voorwaardelijk is geclausuleerd, hetgeen op basis van de aanbestedingsdocumenten en het van toepassing zijnde gelijkheidsbeginsel echter niet is toegestaan.

In feite heeft JP Recreatiemanagement een op basis van de aanbestedingsdocumenten niet toegestaan en niet gevraagd (alternatief) prijsarrangement, met wisselende canonprijzen voor de erfpachtperiode van 30 jaar, aangeboden. Het Programma van Eisen en het door de Gemeente aan inschrijvers voorgeschreven te gebruiken inschrijfbiljet biedt hiertoe immers geen ruimte. Ook het gelijkheidsbeginsel staat er aan in de weg dat de Gemeente de door JP Recreatiemanagement aangeboden prijsvariant (wisselende canonprijzen gedurende de looptijd van de erfpachtovereenkomst) accepteert. Het voorgaande betekent dan ook dat de Gemeente de inschrijving van JP Recreatiemanagement op voornoemde gronden ongeldig heeft gekwalificeerd.”

De voorzieningenrechter is van oordeel dat het door JP Recreatiemanagement op het inschrijvingsbiljet ingevulde canonbedrag van € 5.000,- niet onvoorwaardelijk is geoffreerd. In feite heeft JP Recreatiemanagement door de vermelding dat zij vanaf het jaar 2019 een bedrag van € 10.000,00 zal voldoen een niet toegestaan alternatief prijsarrangement aangeboden, met wisselende canonprijzen voor de erfpachtperiode. Daarmee heeft JP Recreatiemanagement feitelijk het voorgeschreven inschrijvingsbiljet gewijzigd, hetgeen niet is toegestaan en leidt tot onvergelykbare inschrijvingen. Nu de inschrijving van JP Recreatiemanagement niet voldoet aan de voorwaarde dat voor de canon één bedrag dient te worden opgegeven, heeft de gemeente terecht de inschrijving van JP Recreatiemanagement als ongeldig aangemerkt. In het bestek is immers aangegeven dat wanneer niet volledig en onvoorwaardelijk aan een eis wordt voldaan, dit tot ongeldigheid van de inschrijving leidt.

Omdat hierom al sprake is van een ongeldige inschrijving, is niet van belang of JP Recreatiemanagement al dan niet heeft voldaan aan de zogenaamde “Kolkeneis”. De stellingen daarover behoeven dan ook geen bespreking.

4.5. Vervolgens dient de vraag te worden beantwoord of JP Recreatiemanagement, vanwege de ongeldigheid van haar inschrijving belang heeft bij haar vorderingen.

Volgens de gemeente moet een inschrijving die ongeldig is worden geacht niet te zijn gedaan, zodat deze inschrijving geen deel meer uitmaakt van de aanbestedingsprocedure. De vorderingen dienen dan in beginsel te worden afgewezen wegens gebrek aan belang. De gemeente erkent dat zulks niet geldt als wordt gesteld dat een andere inschrijver ook ongeldig heeft ingeschreven, maar dat is door JP Recreatiemanagement niet gesteld. JP Recreatiemanagement heeft alleen gesteld dat Jachthaven de Schapenput van de aanbesteding zou moeten worden uitgesloten vanwege, kort gezegd, een onrechtmatige kennisvoorsprong, belangenverstremgeling, dan wel uitsluiting van Jachthaven de Schapenput dient plaats te vinden gelet op het bepaalde in 3.4.3 van het Programma van Eisen.

De voorzieningenrechter deelt dit standpunt van de gemeente niet. Voldoende is dat JP Recreatiemanagement zich erop beroept dat de gemeente ten onrechte niet een uitsluitingsgrond ten aanzien van Jachthaven de Schapenput, de enige andere inschrijver, heeft toegepast. In het geval die uitsluitingsgrond zou moeten worden toegepast, heeft JP Recreatiemanagement immers een belang bij haar vordering die strekt tot heraanbesteding (vgl. HvJ EU 4 juli 2013, zaak C-100/12, Fastweb).

4.6. Aan de orde is vervolgens de vraag of Jachthaven de Schapenput van de aanbesteding had moeten worden uitgesloten op grond van artikel 3.4.3 van het Programma van Eisen, waarin is bepaald:

“Partijen die hebben bijgedragen aan het opstellen van aanbestedingsstukken zijn uitgesloten van inschrijving; hieronder vallen niet de partijen die hebben deelgenomen aan de marktconsultatie.”

De voorzieningenrechter is van oordeel dat een normaal oplettende en redelijk geïnformeerde inschrijver heeft moeten begrijpen dat artikel 3.4.3 van het Programma van Eisen niet de strekking heeft om een zittende dienstverlener uit te sluiten die aan de gemeente uit hoofde van een beheersovereenkomst informatie heeft verstrekt ten behoeve van een door gemeente zelf op te stellen document, met name niet als die informatie zich bij de aanbestedingsstukken bevindt. In het geval een partij anderszins op niet transparante wijze heeft bijgedragen aan het opstellen van de stukken levert dat wel een uitsluiting op.

Aan JP Recreatiemanagement kan worden toegegeven dat het boxenplan behorend bij het Programma van Eisen is opgesteld door Jachthaven de Schapenput, dit blijkt uit het watermerk. Aannemelijk is echter de stelling van de gemeente dat Jachthaven de Schapenput uit hoofde van haar functie als beheerder van de

Jachthaven zo'n plan mag opstellen en verstrekken. Bovendien bevindt dit boxenplan zich bij de aanbestedingsdocumenten.

De stelling van JP Recreatiemanagement dat uit de vermelding in bijlage 13 van het Programma van Eisen – achter mobiele telefoon havenmeester staat vermeld 'Jachthaven de Schapenput' – blijkt dat sprake is geweest van het bijdragen door Jachthaven de Schapenput aan het opstellen van de aanbestedingsstukken snijdt geen hout. Niet valt in te zien dat uit het feit dat Jachthaven de Schapenput een contract heeft voor de mobiele telefoon van de jachthavenmeester kan worden afgeleid dat Jachthaven de Schapenput een bijdrage heeft geleverd aan het opstellen van de aanbestedingsstukken. Bovendien blijkt dat deze informatie in de stukken van de aanbesteding is opgenomen.

Uit de schriftelijke uitwerking van een geluidsopname van de bespreking van 19 augustus 2014 blijkt dat de heren Vrolijks en Keur van de gemeente hebben erkend dat Jachthaven de Schapenput informatie voor de aanbesteding heeft geleverd. In dit gesprek wordt er echter ook op gewezen dat Jachthaven de Schapenput een beheerdersovereenkomst heeft met de gemeente en dat Jachthaven de Schapenput uit hoofde van die overeenkomst informatie heeft verschaft aan de gemeente. Dat de gemeente op die wijze informatie verkrijgt en vervolgens zelf verwerkt in de stukken is niet onrechtmatig.

De gemeente erkent dat zij in het kader van de huidige beheerdersovereenkomst met Jachthaven de Schapenput inzicht heeft gekregen inzake het aantal passantenovernachtingen. Die informatie heeft de Gemeente als boekhoudkundige post verwerkt in het indicatief financieel resultaat. De gemeente heeft dit resultaat aan de inschrijvers verstrekt in een gecumuleerd overzicht van de opbrengsten van jaarplaatsen en passanten gezamenlijk voor het jaar 2013. Het verwerken van deze informatie in de stukken is evenmin onrechtmatig.

De conclusie is dat Jachthaven de Schapenput niet hoefde te worden uitgesloten op basis van artikel 3.4.3 van het Programma van Eisen.

4.7. Ten aanzien van de door JP Recreatiemanagement gestelde ongeoorloofde kennisvoorsprong van Jachthaven de Schapenput overweegt de voorzieningenrechter als volgt.

JP Recreatiemanagement stelt dat van de gemeente als aanbestedende dienst mag worden verwacht dat zij de informatie verstrekt die noodzakelijk is om een adequate inschrijving te kunnen doen en dat de gemeente die informatie niet heeft verstrekt. Meer concreet ontbreekt de informatie omtrent de opbrengsten die voortvloeien uit de vaste ligplaatsen in de Jachthaven en de inkomsten die voortvloeien uit de passantenplaatsen in de Jachthaven. Zowel de gemeente als jachthaven De Schapenput beschikken over die informatie, terwijl JP Recreatiemanagement slechts een totaalbedrag aan inkomsten tot haar beschikking heeft gekregen.

JP Recreatiemanagement stelt dat zij is benadeeld omdat de gemeente de informatie over structurele en variabele inkomsten waarover de gemeente (die factureert) en Jachthaven de Schapenput (die beheert) beschikken niet met haar heeft gedeeld. Ter zitting heeft JP Recreatiemanagement toegelicht dat zij ervan uitging dat die informatie uit de jaarrekening zou blijken, maar dat dit vervolgens niet zo bleek te zijn. De gemeente stelt terecht dat JP Recreatiemanagement, als deze informatie voor haar zo belangrijk was en niet volgde uit de jaarrekening, hierover een vraag had moeten stellen. Omdat om die gegevens niet door JP Recreatiemanagement is gevraagd kan de gemeente niet worden verweten ze niet op die wijze te hebben gedeeld, maar alleen inzicht te hebben gegeven in het exploitatieresultaat. Afgezien daarvan is aannemelijk dat Jachthaven de Schapenput niet tot in detail op de hoogte is geweest van de financiën van de Jachthaven, zoals de gemeente stelt. Jachthaven de Schapenput is immers de huidige beheerder en het is de Gemeente die thans exploitant is en die ook de rekeningen ontvangt en de financiële administratie voert. Het financiële overzicht zoals door de Gemeente bij nota van inlichtingen is verstrekt is door de Gemeente opgesteld en gelijktijdig aan alle inschrijvers verstrekt.

De voorzieningenrechter is van oordeel dat de Gemeente er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat de door haar verstrekte informatie voor inschrijvers afdoende is geweest voor het kunnen doen van een passende inschrijving. Als de door de gemeente bij nadere nota van inlichtingen verstrekte informatie in verband met vraag 30 voor JP Recreatiemanagement onvoldoende zou zijn geweest om een passende inschrijving te kunnen doen, of zoals zij stelt er voor haar wezenlijke informatie in de aanbestedingsdocumenten ontbrak, dan had het op de weg van JP Recreatiemanagement gelegen om de gemeente hier op te wijzen en daarbij concreet aan te geven aan welke specifieke informatie behoefte was.

4.8. Anders dan JP Recreatiemanagement stelt volgt uit de omstandigheid dat de huidige havenmeester familie is van de eigenaar van Jachthaven de Schapenput nog niet dat daarmee in deze aanbesteding sprake is van een belangenverstrengeling tussen de gemeente en Jachthaven de Schapenput. JP Recreatiemanagement heeft in

dit verband haar stelling niet, althans onvoldoende onderbouwd.

4.9. De conclusie luidt dat niet is gebleken van betrokkenheid van Jachthaven de Schapenput bij het opstellen van de aanbestedingsdocumenten. Evenmin is gebleken van een ongeoorloofde kennisvoorsprong en van belangenverstrengeling. De vorderingen die strekken tot heraanbesteding zijn daarom niet toewijsbaar. Omdat geen heraanbesteding volgt heeft JP Recreatiemanagement geen belang bij haar vordering ex artikel 843a Rv, die eveneens wordt afgewezen.

5. De kostenveroordeling

5.1. JP Recreatiemanagement zal als de in het ongelijk gestelde partij in beide zaken in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van de gemeente worden voor elke zaak afzonderlijk begroot op:

- griffierecht € 608,00
- salaris advocaat 816,00

Totaal € 1.424,00

6. De beslissing

De voorzieningenrechter

In de zaak met rolnummer C/02/286959 / KG ZA 14-590

6.1. wijst de vorderingen af,

6.2. veroordeelt JP Recreatiemanagement in de proceskosten, aan de zijde van de gemeente tot op heden begroot op € 1.424,00;

6.3. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

In de zaak met rolnummer: C/02/288961 / KG ZA 14-687

6.4. wijst de vorderingen af,

6.5. veroordeelt JP Recreatiemanagement in de proceskosten, aan de zijde van de gemeente tot op heden begroot op € 1.424,00;

6.6. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

»Annotatie

In een tweetal arresten van 7 december 2012 in een geschil tussen de Staat en Tele2 enerzijds en KPN anderzijds oordeelde de HR dat een latere aanvulling van de motivering van de gunningsbeslissing in beginsel niet mogelijk is. [noot:1] Met deze arresten heeft de HR – bedoeld of onbedoeld – in belangrijke mate een einde gemaakt aan de bestaande praktijk van aanbestedende diensten om met het oog op het verweer in een kort geding de stofkam door de inschrijving van de klagende inschrijver te halen met geen ander doel dan hem met behulp van niet eerder medegedeelde inschrijvingsgebreken de wind uit de zeilen te nemen. Een grond voor het ongeldig verklaren van een inschrijving is immers zonder meer aan te merken als een 'nieuwe reden', die de klagende inschrijver op grond van de door de HR geformuleerde hoofdregel in beginsel niet nog eens na de mededeling van de gunningsbeslissing voor de voeten kan worden geworpen. Welke mogelijkheden heeft de aanbestedende dienst dan nog wel, als hij in de aanloop naar de behandeling van een kort geding één of meer gebreken ontdekt in de inschrijving van de klagende inschrijver?

1. Beroep op uitzondering op hoofdregel

Geen regel zonder uitzondering. Dat geldt ook voor de regel dat een aanvulling van de 'relevante redenen' niet mogelijk is. De HR heeft een uitzondering aanvaard 'in het geval van door de aanbestedende dienst aannemelijk te maken bijzondere redenen of omstandigheden'. Wat daaronder moet worden verstaan is nog niet uitgekristalliseerd. Naar mijn mening is daarvan in ieder geval sprake, indien de aanbestedende dienst voor de mededeling van de gunningsbeslissing niet bekend was en ook niet bekend behoorde te zijn met de nieuwe ongeldigheidsgrond. [noot:2] Hoewel dit niet met zoveel woorden wordt overwogen, lijkt de Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag in zijn vonnis van 5 februari 2013 op basis van deze omstandigheid een beroep op de uitzondering op de door de HR geformuleerde hoofdregel te hebben aanvaard. [noot:3] In deze zaak beriep de aanbestedende dienst zich, nadat hij naar aanleiding van de gunningsbeslissing in kort

geding was gedagvaard, op gebreken in de eigen verklaring van de klagende inschrijver. De voorzieningenrechter overwoog dat de aanbestedende dienst gelet op de beoordelingsystematiek ten tijde van het nemen van de gunningsbeslissing nog niet bekend hoefde te zijn met deze gebreken. De gebreken behoeften daarom volgens de voorzieningenrechter niet reeds aan de gunningsbeslissing ten grondslag te worden gelegd. Hoewel de vordering tot herbeoordeling van de inschrijvingen inhoudelijk voor toewijzing gereed lag, werd deze bij gebrek aan belang toch afgewezen, omdat de klagende inschrijver hoe dan ook niet voor gunning in aanmerking kwam.

2. Beroep tussengekomen partij op ongeldigheidsgrond

Indien de aanbestedende dienst zelf geen beroep toekomt op de hiervoor besproken uitzondering op de hoofdregel, kan een inschrijver mogelijk voor hem de kastanjes uit het vuur halen. Een voorbeeld hiervan biedt de uitspraak van de Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam van 10 november 2014. [noot:4] In deze zaak werd het beroep van de aanbestedende dienst op de ongeldigheid van de inschrijving van de klagende inschrijver afgewezen, omdat deze als een ongeoorloofde aanvullende grond moest worden aangemerkt. De voorzieningenrechter oordeelde dat inschrijver die op de voet van art. 217 Rv in het kort geding was tussengekomen, wel een beroep toekwam op de ongeldigheidsgrond. De tussengekomen inschrijver was volgens de voorzieningenrechter direct belanghebbende, aan hem was namelijk de opdracht gegund, terwijl niet was gebleken dat hij eerder bekend kon zijn met de ongeldigheid van de inschrijving van de klagende inschrijver.

Bij de benadering van de Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam heb ik bedenkingen. De door de HR geformuleerde hoofdregel strekt tot bescherming van de klagende inschrijver, die op basis van de motivering van de gunningsbeslissing moet kunnen beoordelen of het aanhangig maken van een procedure zinvol is. [noot:5] Of een aanvullende ongeldigheidsgrond uit de koker komt van de aanbestedende dienst of een andere inschrijver is hem om het even. Het zou daarom bij de beoordeling of een beroep op een aanvullende ongeldigheidsgrond mogelijk is, ook niet mogen uitmaken wie de aanvullende grond heeft aangevoerd. [noot:6] Als de aanbestedende dienst geen beroep toekomt op de hiervoor besproken uitzondering op de hoofdregel (sub 1), dan zal hij de gunningsbeslissing moeten intrekken en een nieuwe gunningsbeslissing moeten nemen en daarbij de oorspronkelijke motivering uitbreiden met de aanvullende ongeldigheidsgrond (zie hierna sub 3). Doet de aanbestedende dienst dit niet en wordt de door de klagende inschrijver gevorderde voorziening toegewezen, dan zal de aanbestedende dienst een nieuwe gunningsbeslissing moeten nemen en opnieuw de opschortende termijn in acht moeten nemen, tenminste als hij de opdracht nog wil verstrekken. De tussengekomen inschrijver heeft dan de mogelijkheid de nieuwe gunningsbeslissing aan te vechten en de niet eerder in de beoordeling betrokken ongeldigheidsgrond aan zijn vordering ten grondslag te leggen.

Staat dit niet op gespannen voet met vaste (lagere) rechtspraak, op grond waarvan van inschrijvers, met het oog op een vlot verloop van de aanbesteding, mag worden verwacht, dat zij gebruik maken van de mogelijkheid van interventie om te bewerkstelligen dat hun standpunten en belangen in een ronde in beschouwing worden genomen bij een rechterlijke beslissing? [noot:7] Naar mijn mening is dat niet het geval. Indien een ongeldigheidsgrond als ongeoorloofde aanvulling van de motivering van de gunningsbeslissing moet worden beschouwd, is er zoals gezegd op basis van de arresten van de HR van 7 december 2012 geen ruimte deze ongeldigheidsgrond als verweer tegen de vordering van de klagende inschrijver in stelling te brengen, ook niet door de tussengekomen inschrijver. Daarin verschilt dit specifieke verweer wezenlijk van (andere) verweren tegen bezwaren van de klagende inschrijver tegen de oorspronkelijke gunningsbeslissing. [noot:8] Een inschrijver die meent dat de opdracht hoe dan ook niet aan de klagende inschrijver kan worden gegund, omdat zijn inschrijving op een niet door de aanbestedende dienst medegedeelde grond ongeldig moet worden verklaard, kan er weliswaar verstandig aan doen de aanbestedende dienst de ongeldigheidsgrond mede te delen, zodat deze daarvan direct op de hoogte is en kan handelen, maar meer kan hij niet doen. Hij zou eventueel een voorwaardelijk gebod tot herbeoordeling van de inschrijvingen kunnen vorderen, [noot:9] maar veel toegevoegde waarde heeft dit niet, omdat de aanbestedende dienst bij het nemen van een nieuwe gunningsbeslissing de ongeldigheidsgrond toch al in zijn beoordeling kan en moet betrekken (zie hierna onder 3). Indien de aanbestedende dienst naar aanleiding van de mededeling van een inschrijver nalaat om de gunningsbeslissing in te trekken en een nieuwe gunningsbeslissing te nemen, roept hij eventuele vertraging van de aanbesteding over zichzelf af, als de ongeldigheidsgrond in een later stadium door deze inschrijver aan de orde wordt gesteld. Van misbruik van recht of rechtsverwerking van de inschrijver kan dan in zoverre geen

sprake zijn.

3. Intrekken gunningsbeslissing en nemen van nieuwe gunningsbeslissing

De aanbestedende dienst kan tot slot de oorspronkelijke gunningsbeslissing intrekken en een nieuwe gunningsbeslissing nemen. In de nieuwe gunningsbeslissing kan hij de oorspronkelijke motivering vervangen voor of uitbreiden met de niet eerder medegedeelde ongeldigheidsgrond. Deze situatie deed zich voor in de uitspraak van de Voorzieningenrechter Rechtbank Zeeland-West-Brabant van 19 november 2014, die boven deze noot is opgenomen. De aanbestedende dienst had zijn gunningsbeslissing naar aanleiding van bezwaren van de klagende inschrijver nog eens onder de loep genomen en vastgesteld dat hij de vooraf bekendgemaakte gunningscriteria niet correct had toegepast. Om deze reden had hij, nadat hij naar aanleiding van de gunningsbeslissing in kort geding was gedagvaard, de gunningsbeslissing ingetrokken en een nieuwe gunningsbeslissing genomen. In de mededeling van de nieuwe gunningsbeslissing werd de klagende inschrijver voor het eerst een tweetal ongeldigheidsgronden tegengeworpen. De klagende inschrijver betoogde met een beroep op de arresten van de HR van 7 december 2012 dat dit niet was toegestaan. De voorzieningenrechter volgde dit betoog niet. Hij overwoog dat de bedoelde arresten betrekking hebben op de situatie dat (de motivering van) de gunningsbeslissing tardief wordt aangevuld met andere, reeds bestaande gronden in de aanloop naar de behandeling van een aanhangig gemaakt kort geding. [noot:10] Van een aanvulling was volgens de voorzieningenrechter echter geen sprake, omdat de oorspronkelijke gunningsbeslissing was ingetrokken en een nieuwe gunningsbeslissing was genomen, in welk verband een nieuwe termijn van 20 dagen was gesteld om tegen de nieuwe gunningsbeslissing bezwaar te maken.

Dit oordeel lijkt mij juist. Het intrekken van een gunningsbeslissing en het nemen van een nieuwe gunningsbeslissing is niet gelijk te stellen aan het aanvullen van de motivering van een bestaande gunningsbeslissing. Dat de HR in zijn arresten van 7 december 2012 tot uitdrukking heeft bedoeld te brengen, dat de aanbestedende dienst behoudens 'bijzondere redenen of omstandigheden' nimmer een beroep zou kunnen doen op ongeldigheidsgronden die niet reeds in de mededeling van de gunningsbeslissing zijn opgenomen, is bovendien niet aannemelijk. De aanbestedende dienst moet immers de beginselen van gelijke behandeling en transparantie in acht nemen, welke beginselen zich verzetten tegen gunning van een opdracht aan een inschrijver die ongeldig heeft ingeschreven. Daar doet de procedurele verplichting van de aanbestedende dienst om in de mededeling van de gunningsbeslissing direct alle relevante redenen op te nemen vanzelfsprekend niet aan af. Indien daartoe aanleiding bestaat, moet de aanbestedende dienst dus vrij zijn de gunningsbeslissing in te trekken en een nieuwe gunningsbeslissing te nemen. Bij de nieuwe gunningsbeslissing mogen niet eerder medegedeelde ongeldigheidsgronden in aanmerking worden genomen. De keerzijde is dat de aanbestedende dienst opnieuw een opschortende termijn in acht moet nemen.

Naar mijn mening geldt overigens omgekeerd hetzelfde en doen de beginselen van gelijke behandeling en transparantie niet af aan de procedurele verplichting van de aanbestedende dienst op grond van artikel 2.130 Aanbestedingswet 2012 om direct alle relevante redenen in de mededeling van de gunningsbeslissing op te nemen. Toepassing van de algemene aanbestedingsrechtelijke beginselen kan daarom niet als uitzondering worden aanvaard op de hoofdregel dat aanvulling van de 'relevante redenen' niet mogelijk is. Anders zou bovendien weinig overblijven van de hoofdregel en de rechtsbescherming worden uitgehold. [noot:11] De gelijke behandeling is immers per definitie in het geding. Een beslissing ten nadele van de ene inschrijver is ten voordele van de andere inschrijver en omgekeerd. Bovendien brengt de HR de hoofdregel uitdrukkelijk in verband met de beginselen van gelijke behandeling en transparantie. [noot:12] Deze beginselen kunnen onmogelijk tegelijkertijd als grondslag dienen voor de uitzondering op de hoofdregel.

Conclusie en vuistregels voor de praktijk

Aanbestedende diensten doen er verstandig aan inschrijvingen direct grondig te beoordelen en alle ongeldigheidsgronden in de motivering van de gunningsbeslissing op te nemen. Veel ruimte om de motivering van de gunningsbeslissing in een later stadium aan te vullen is er namelijk niet. Een beroep op de uitzondering op de hoofdregel dat aanvulling van motivering van de gunningsbeslissing niet is toegestaan, wordt niet snel aanvaard. Als de aanbestedende dienst in eerste instantie zijn huiswerk niet goed heeft gedaan en een ongeldigheidsgrond over het hoofd heeft gezien, rest hem weinig anders dan de gunningsbeslissing in te trekken en een nieuwe gunningsbeslissing te nemen.

mr. dr. A.J. van Heeswijck, Zelfstandig advocaat te Groningen en is tevens verbonden als docent aan de Rijksuniversiteit Groningen

»Voetnoten

[1]

HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9231, ECLI:NL:HR:2012:BW9233, «JAAN» 2013, 6, m.nt. Mutsaers, r.o. 3.11.

[2]

A.J. van Heeswijck, *Rechtsbescherming van ondernemers in aanbestedingsprocedures* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2013, p. 207.

[3]

Vzr. Rb. Den Haag 5 februari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ4192, «JAAN» 2013/96, m.nt. Chen, r.o. 4.6.

[4]

Vzr. Rb. Rotterdam 10 november 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9450, «JAAN» 2015/16, m.nt. Rauws, r.o. 4.9.

[5]

HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9231, ECLI:NL:HR:2012:BW9233, «JAAN» 2013/6, m.nt. Mutsaers, r.o. 3.9.2.

[6]

Anders Rauws in zijn noot onder Vzr. Rb. Rotterdam 10 november 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9450, «JAAN» 2015/16.

[7]

Zie o.a. Vzr. Rb. Midden-Nederland 17 april 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:4696; Vzr. Rb. Gelderland 3 juni 2014, ECLI:NL:RBGEL:2015:3493, «JAAN» 2015/135, m.nt. Ritsema van Eck.

[8]

In zoverre mist Vzr. Rb. Midden-Nederland 17 april 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:4696, waarin de oorspronkelijke winnaar mede zijn pijlen richtte op de geldigheid van de inschrijving van de klagende inschrijver, in mijn ogen dan ook de noodzakelijke nuance.

[9]

Namelijk onder de voorwaarde dat de bezwaren van de klagende inschrijver gegrond worden geacht.

[10]

Zie in deze zin ook Vzr. Rb. Den Haag 24 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:4806, «JAAN» 2015/144, m.nt. Boot, r.o. 4.2; Vzr. Rb. Den Haag 10 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:4824, «JAAN» 2015/144, m.nt. Boot, r.o. 4.3, bekrachtigd in Hof Den Haag 7 juli 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1864, r.o. 6; Vzr. Rb. Den Haag 17 april 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ7736, «JAAN» 2013/124, m.nt. Ritsema van Eck, r.o. 4.11.

[11]

Van Heeswijck 2013, p. 206.

[12]

HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9231, ECLI:NL:HR:2012:BW9233, «JAAN» 2013/6, m.nt. Mutsaers, r.o. 3.11.