

**JAAAN 2017/125 Rechtbank Rotterdam, 06-04-2017, C/10/520509/KG ZA 17-125,
ECLI:NL:RBROT:2017:2605Voeging, Tussenkost, Combinatie, Alcateltermijn,
Vertrouwensbeginsel, Gelijkheidsbeginsel. Intrekking gunningsbeslissing**

Publicatie	JAAAN 2017 afl. 4
Publicatiedatum	21 juni 2017
College	Rechtbank Rotterdam
Uitspraakdatum	06 april 2017
Rolnummer	C/10/520509/KG ZA 17-125 LJN <u>ECLI:NL:RBROT:2017:2605</u>
Rechter(s)	mr. De Bruin
Partijen	<p>1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid STRUKTON MILIEUTECHNIEK B.V., gevestigd te Utrecht, eiseres, advocaat mr. C.G. van Blaaderen en mr. C.R.V. Lagendijk te Rotterdam, tegen</p> <p>2. de publiekrechtelijke rechtspersoon GEMEENTE ROTTERDAM, zetelend te Rotterdam, gedaagde, advocaten mr. J.E. Palm en mr. S.B. Groenwold te Den Haag, en met als interveniërende partijen</p> <p>3. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid ECOLOSS PROJECT B.V., gevestigd te Rotterdam, advocaat mr. F.L. van der Eerden te Rotterdam,</p> <p>4+5. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [bedrijf1] , gevestigd te Den Hoorn, en de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [bedrijf2] gevestigd te Hazerswoude-Dorp, advocaten mr. N.A. Keus en mr. T.A. Terlien te Den Haag.</p> <p>Partijen zullen hierna Strukton, de gemeente Rotterdam, EcoLoss en, partijen sub 4 en 5 gezamenlijk, de Combinatie genoemd worden. Afzonderlijk zullen de partijen 4 en 5 [bedrijf1] en [bedrijf2] genoemd worden.</p>
Noot	mr. dr. A.J. van Heeswijck
Trefwoorden	Voeging, Tussenkost, Combinatie, Alcateltermijn, Vertrouwensbeginsel, Gelijkheidsbeginsel. Intrekking gunningsbeslissing,
Regelgeving	

Samenvatting

De gemeente Rotterdam heeft een Europese openbare aanbestedingsprocedure georganiseerd met betrekking tot het op afroep en naar behoefte treffen van maatregelen ter voorkoming of vermindering van milieuschade in de openbare ruimte.

De gemeente Rotterdam heeft bij brief van 21 december 2016 aan Strukton bericht dat de inschrijving van Strukton als eerste uit de bus was gekomen en dat zij voornemens was de opdracht te gunnen aan Strukton. Na een klacht van een andere partij heeft de gemeente Rotterdam aan Strukton medegedeeld dat het voornemen tot gunning aan Strukton wordt ingetrokken.

Strukton vordert onder meer om de in de intrekingsbrief vervatte beslissingen ongedaan te maken.

Tussenkomst/voeging

Het belang van de Combinatie, als inschrijver op de aanbesteding en - volgens de gemeente Rotterdam - ook de uiteindelijke winnaar daarvan, is gegeven. Om die reden heeft de voorzieningenrechter, partijen gehoord hebbend ter zitting, de tussenkomst/voeging door de Combinatie eveneens toegestaan. Aan de beslissing om de Combinatie toe te staan tot interventie doen niet af de bezwaren als zou niet de Combinatie maar alleen [bedrijf2] hebben ingeschreven op de aanbesteding. Ter zitting heeft de gemeente Rotterdam desgevraagd verklaard dat niet [bedrijf2], maar de Combinatie heeft ingeschreven op de aanbesteding. De voorzieningenrechter ziet vooralsnog geen reden om te twijfelen aan de juistheid van deze verklaring.

Klacht bij aanbestedende dienst na gunningsbeslissing

De voorzieningenrechter onderschrijft niet de stelling van Strukton dat, na het nemen van de (eerste) gunningsbeslissing, nog slechts met een kort gedingprocedure kan worden opgekomen tegen deze gunningsbeslissing en dat een klacht bij de gemeente Rotterdam niet meer was toegestaan. Deze stelling vindt naar voorlopig oordeel geen steun in het recht. Een andersluidende opvatting zou er op neerkomen dat gedwongen rauwelijks moet worden gedagvaard, zelfs in die gevallen waar het voor een aanbesteder meteen duidelijk moet zijn dat een klacht terecht is.

Alcateltermijn

De voorzieningenrechter onderschrijft evenmin het standpunt van Strukton dat de gemeente Rotterdam rechtens gehouden was om een beslissing te nemen op de klacht binnen de Alcateltermijn. Er kan niet van een Alcateltermijn gesproken worden in het geval geen kort gedingprocedure aanhangig wordt gemaakt maar een klacht wordt ingediend bij de aanbesteder. De Alcateltermijn omvat geen opdracht, noch aan de voorzieningenrechter, noch aan de aanbesteder, om te beslissen binnen een bepaalde termijn.

Intrekken gunningsbeslissing

De voorzieningenrechter onderschrijft wel het standpunt van Strukton dat de beslissing van de gemeente Rotterdam om de eerste gunningsbeslissing in te trekken, een weinig deugdelijke motivering bevat. De reden waarom de klacht van de Combinatie gegrond is bevonden valt daarin niet terug te vinden. Het valt te betwijfelen of juist is het standpunt van de gemeente Rotterdam dat de vertrouwelijkheid van de inschrijving van de Combinatie zich heeft verzet tegen het verstrekken van een verdergaande motivering dan thans is gegeven.

De weinigzeggende motivering door de gemeente Rotterdam kan Strukton echter niet baten. De voorzieningenrechter acht immers de stellingname van de Combinatie voldoende steekhoudend om te oordelen dat de klacht van de Combinatie terecht gegrond is bevonden door de gemeente Rotterdam, op grond van het volgende.

De Combinatie heeft onweersproken gesteld dat zij op 2 van de 3 casus minder punten heeft gescoord onder meer omdat volgens de gemeente Rotterdam "foto's of een overzicht van de locatie zouden ontbreken." De Combinatie wijst er op dat

dit verwijt van de gemeente Rotterdam in strijd is met paragraaf 5.6.2 van het Beschrijvend Document, waarin staat dat eventuele bijlagen vormvrij zijn. Voorts wijst de Combinatie op de scoretabel in het Beschrijvend Document, volgens welke 10 punten worden gescoord door middel van onderbouwing met bewijsstukken, maar dat ook zonder bewijsstukken (zoals bijvoorbeeld foto's) alsnog 8 punten kunnen worden gescoord, mits (anderszins) goed onderbouwd.

De voorzieningenrechter acht deze stellingname een genoegzame verklaring voor de hogere puntentoekenning aan de Combinatie in tweede instantie.

Voor zover Strukton zich op het standpunt stelt dat het niet geoorloofd is om een door de aanbesteder genomen beslissing later van een aanvullende motivering te voorzien, kan haar dat niet baten. Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad volgt op zich wel dat een latere aanvulling van de in de afwijzingsbrief genoemde relevante redenen in beginsel niet mogelijk is (HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9233). Het gaat hier echter niet om een gunningsbeslissing maar om de intrekking daarvan en het is hier niet de gemeente Rotterdam, maar de Combinatie die duidelijk maakt waarom haar in tweede instantie terecht meer punten zijn toegekend. Indien de Combinatie zich niet jegens Strukton zou kunnen beroepen op de ondeugdelijkheid van de beoordeling van haar inschrijving dan zou dit al te zeer afbreuk doen aan de te betrachten effectieve rechtsbescherming in aanbestedingszaken.

In dit oordeel ligt besloten dat Strukton zich niet kan beroepen op de inhoud van een telefoongesprek tussen haar directeur en mr. [persoon1] op 18 januari 2017. Indien in dit gesprek namens de gemeente Rotterdam toezeggingen zouden zijn gedaan aan Strukton, dan is de Combinatie daar niet aan gebonden. In zoverre dient het vertrouwensbeginsel te wijken voor het gelijkheidsbeginsel tussen de inschrijvers.

Beslissing

De voorzieningenrechter wijst de vorderingen af.

Uitspraak

1 De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 9 februari 2017
- de overgelegde producties
- de incidentele conclusie tot tussenkomst van EcoLoss
- de incidentele conclusie tot tussenkomst, subsidiair voeging, van de Combinatie
- de mondelinge behandeling op 23 maart 2017 (gelijktijdig met de procedure C10/521302 / KG ZA 17-177)
- de pleitnota van Strukton
- de pleitnota van de gemeente Rotterdam
- de pleitnota van EcoLoss
- de pleitnota van de Combinatie.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2 De feiten

2.1. De gemeente Rotterdam heeft een openbare Europese aanbestedingsprocedure georganiseerd met betrekking tot het op afroep en naar behoefte treffen van maatregelen ter voorkoming of vermindering van milieuschade in de openbare ruimte. De aanbestedingsprocedure is geregeld in een document genaamd "Raamovereenkomst: beredderen van Milieu-incidenten 1-271-16" van 10 augustus 2016 (hierna te noemen: het Beschrijvend Document).

2.2. In het Beschrijvend Document staat onder meer dat als gunningscriterium wordt gehanteerd “de economisch meest voordelige inschrijving” (meer specifiek: laagste acceptabele bod), dat het werk een geraamde waarde vertegenwoordigt van circa € 350.000,- omzet per jaar, dat de raamovereenkomst zal worden gesloten voor twee jaar (met als oorspronkelijk beoogde ingangsdatum 1 november 2016) en met tweemaal een verlengingsmogelijkheid van telkens één jaar.

2.3. De gunningsmethodiek in het Beschrijvend Document komt op het volgende neer: inschrijvers moeten op drie verschillende casus aangeven hoe zij het desbetreffende (dreigende) milieuprobleem zouden oplossen. Voor elke casus kunnen maximaal 10 punten behaald worden. Er geldt een minimum score van 24 punten in totaal (de vastgestelde kwaliteitsdrempel). Een inschrijving met minder dan 24 punten wordt uitgesloten van verdere deelname. De opdracht zal worden gegund aan de inschrijver die voldoet aan de kwaliteitsdrempel en daarbij de laagste fictieve inschrijvingsom heeft.

2.4. Het Beschrijvend Document kent de navolgende twee regelingen over klachten en geschillen:

“4.2.9. Meldpunt Klachtenafhandeling Aanbesteden

Een Ondernemer of Combinatie kan indien hij het met deze aanbestedingsprocedure of een onderdeel daarvan niet eens is, en zijn vragen en of wijzigingsvoorstellen niet naar zijn tevredenheid zijn beantwoord, schriftelijk en gemotiveerd een klacht indienen bij het meldpunt Klachtafhandeling Aanbesteden. Een klacht is slechts ontvankelijk indien deze betrekking heeft op een aanbestedingsprocedure die valt binnen de werkingssfeer van de Aw en de Richtlijn.

De Aanbestedende Dienst behandelt de klacht conform de ‘Standaard voor klachtafhandeling voor aanbestedende diensten en ondernemers.’ Op de klachtafhandeling zijn de navolgende voorwaarden van toepassing:

1. Een klager dient zijn klacht per e-mail in bij het meldpunt Klachtafhandeling Aanbesteden ([mailadres]). In de klacht maakt hij duidelijk dat het over een klacht gaat en waarover hij klaagt en hoe volgens hem het knelpunt zou kunnen worden verholpen. De klacht bevat verder de dagtekening, naam en adres van de ondernemer en de aanduiding van de aanbestedingsprocedure.
2. Het meldpunt bevestigt zo spoedig mogelijk de ontvangst van de klacht.
3. Het meldpunt onderzoekt vervolgens, eventueel aan de hand van door de klager en de Aanbestedende Dienst aanvullend verstrekte gegevens, of de klacht terecht is. Het meldpunt begint zo spoedig mogelijk met dit onderzoek, zet dit voortvarend voort en houdt daarbij rekening met de planning van de aanbestedingsprocedure.
4. Indien de Aanbestedende Dienst na het onderzoek door het meldpunt tot de conclusie komt dat de klacht terecht of gedeeltelijk terecht is en de Aanbestedende Dienst corrigerende en/of preventieve maatregelen treft, dan deelt de Aanbestedende Dienst dit zo spoedig mogelijk schriftelijk mee aan de klager en worden ook de andere (potentiële) Inschrijvers, op de hoogte gesteld.
5. Indien de Aanbestedende Dienst na het onderzoek tot de conclusie komt dat de klacht niet terecht is, dan wijst hij de klacht gemotiveerd af en bericht hij de klager.
6. Indien de Aanbestedende Dienst nalaat om binnen een redelijke termijn op de klacht te reageren, dan kan de klager de klacht voorleggen aan de Commissie van Aanbestedingsexperts.

Het indienen van een klacht heeft in beginsel geen opschortende werking terzake van de aanbestedingsprocedure.”

[...]

“4.2.16. Voornemen tot gunning, definitieve gunning en geschillen

Na beoordeling van de Inschrijvingen en controle van de voor gunning in aanmerking komende Inschrijving maakt de Aanbestedende Dienst aan alle Inschrijvers door middel van een gunningsbeslissing schriftelijk en gelijktijdig bekend aan welke Inschrijver de Aanbestedende Dienst voornemens is de Raamovereenkomst te gunnen.

De gunningsbeslissing betreft een voornemen tot gunning en houdt dus geen aanvaarding in van de Inschrijving van de Inschrijver aan wie het gunningsvoornemen is uitgebracht. Zo spoedig mogelijk, maar niet eerder dan 20 kalenderdagen na verzending van de gunningsbeslissing treedt de Aanbestedende Dienst in contact met de Inschrijver aan wie het gunningsvoornemen is uitgebracht om tot daadwerkelijke gunning en sluiting van de Overeenkomst over te gaan.

Inschrijvers die bezwaren hebben tegen het gunningsvoornemen dienen dit kenbaar te maken door binnen 20 kalenderdagen na dagtekening van het gunningsvoornemen een civielrechtelijk kort geding aanhangig te maken bij de civiele rechter van de rechtbank te Rotterdam. Deze termijn geldt als vervaltermijn.

In het kader van de hiervoor genoemde geschillen uitgebrachte dagvaardingen worden door de Aanbestedende Dienst beschouwd als openbaar stuk. De Aanbestedende Dienst heeft het recht deze ter beschikking te stellen aan derden. Onder derden worden in ieder geval alle Inschrijvers verstaan."

2.5. Onder 5.6.2 (Gunningscriterium) van het Beschrijvend Document staat onder meer:

"De beoordeling van de hierboven opgenomen Casussen vindt plaats op een schaal van 0 t/m 10. Voor ieder Casus aspect wordt een cijfer van 0, 4, 6, 8 of 10 gegeven. Er worden alleen hele cijfers toegekend.

Richtlijn	Cijfer
Uitmuntend: uit de door de Inschrijver verstrekte Plan van aanpak blijkt dat volledig aan het doel van de Aanbestedende Dienst wordt beantwoord. De inhoud is duidelijk, concreet en goed onderbouwd met bewijsstukken en praktijkvoorbeelden.	10
Goed: uit de door de Inschrijver verstrekte Plan van aanpak blijkt dat grotendeels aan het doel van de Aanbestedende Dienst wordt beantwoord. De inhoud is duidelijk, concreet en goed onderbouwd.	8
Voldoende: uit de door de Inschrijver verstrekte Plan van aanpak blijkt dat in voldoende mate aan het doel van de Aanbestedende Dienst wordt beantwoord. De inhoud is duidelijk en concreet. 6	4
Onvoldoende: uit de door de Inschrijver verstrekte Plan van aanpak blijkt dat in onvoldoende mate aan het doel van de Aanbestedende Dienst wordt beantwoord. De inhoud is niet volledig duidelijk en concreet en/of irrelevant.	
Slecht: uit de door de Inschrijver verstrekte Plan van aanpak blijkt dat niet of nauwelijks aan het doel van de Aanbestedende Dienst wordt beantwoord. De inhoud is in belangrijke mate onvolledig en onduidelijk en/of niet concreet.	0

[...]

Format indiening

Het Plan van aanpak, per Casus, dient in één document te worden ingediend en mag maximaal uit 10 pagina's, met lettertype Arial 10 punten, bestaan.

Eventuele bijlagen zijn vormvrij (tabellen, voorbeeldoffertes, 2D, 3D tekeningen, foto's, praktijkvoorbeelden, begeleiding met (audiovisuele) animaties, certificaten, enz. enz.)."

2.6. Strukton heeft ingeschreven op deze aanbesteding.

2.7. Volgens een proces-verbaal van opening van de inschrijvingen, waarin staat dat het slechts de ingekomen inschrijving registreert, is met de volgende prijzen ingeschreven (exclusief BTW):

- EcoLoss € 169.100,-
- Strukton € 123.000,-
- [bedrijf2] € 73.400,-
- [bedrijf3] € 352.500,-.

2.8. De gemeente Rotterdam heeft bij brief van 21 december 2016 aan Strukton bericht dat de inschrijving van Strukton als eerste uit de bus was gekomen en dat zij voornemens was de opdracht te gunnen aan Strukton.

2.9. De gemeente Rotterdam heeft op 16 januari 2017 het navolgende bericht geplaatst op het Aanbestedingsplatform:

“Naar aanleiding van de bovengenoemde procedure is een kort gedingprocedure aangespannen. Voor eventuele vragen kunt u contact opnemen met onze advocaat mevrouw [persoon1] , telefoon [....]

Wij houden u op de hoogte van de afhandeling.”

2.10. Strukton heeft, bij monde van haar directeur D. Hillemans, vanwege het onder 2.9 genoemde bericht op 18 januari 2017 telefonisch contact opgenomen met mr. [persoon1] . Strukton heeft van dit gesprek een - niet door de gemeente Rotterdam

geaccordeerd - handgeschreven gespreksverslag opgemaakt. In dit verslag staat onder meer:

(ten aanzien van Ecoloss): “ [persoon1] ziet geen probleem omdat het kort geding een dag te laat is aangespannen.”

[...]

“Een andere partij heeft een klacht ingediend, maar geen kort geding gestart. Dit is dus sowieso geen probleem. Afgesproken is dat SRT (de voorzieningenrechter leest: Strukton) geen actie onderneemt. Niet nodig in de ogen van [persoon1] .”

2.11. De gemeente Rotterdam heeft bij brief van 20 januari 2017 aan Strukton medegedeeld, samengevat:

- één van de andere inschrijvers heeft een klacht ingediend;
- de klacht is onderzocht en daaruit is gebleken dat de inschrijving van de klager niet is beoordeeld op de wijze zoals dat volgens het beschrijvend Document had moeten plaatsvinden;
- het voornemen tot gunning aan Strukton wordt ingetrokken;
- alle inschrijvingen zullen opnieuw beoordeeld worden.

2.12. Strukton heeft de gemeente Rotterdam bij brief van 31 januari 2017 verzocht en zonodig gesommeerd om haar intrekking van het voornemen tot gunning aan [bedrijf2] in te trekken.

2.13. De gemeente Rotterdam heeft bij brief van 3 februari 2017 aan Strukton geantwoord dat een gunningsvoornemen nog geen wilsovereenstemming inhoudt, ook niet na het verstrijken van de bezwaartermijn, en dat geen gevolg zal worden gegeven aan de sommatie.

2.14. De gemeente Rotterdam heeft bij brief van 9 februari 2017 aan Strukton medegedeeld dat Strukton na herbeoordeling als tweede was geëindigd en dat de gemeente Rotterdam voornemens is de opdracht aan [bedrijf2] te gunnen.

3 Het geschil

3.1. Strukton vordert, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad en op de minuut:

Primair

- de gemeente Rotterdam te gebieden om de in de Intrekkingsbrief vervatte beslissingen -om alle inschrijvingen opnieuw te beoordelen en op basis daarvan een nieuwe gunningsbeslissing te nemen- ongedaan te maken, waaronder het intrekken van de

de voorgenomen gunning ten gunste van [bedrijf2] zoals bekend gemaakt in de

Tweede Gunningsbrief;

- de gemeente Rotterdam te gebieden om de in de Gunningsbrief vervatte voorgenomen gunning ten faveure van Strukton te laten herleven;
- de gemeente Rotterdam te verbieden om uitvoering te geven aan de Tweede Gunningsbrief;
- de gemeente Rotterdam te verbieden om de Opdracht aan een ander dan aan Strukton te gunnen;

Subsidiar

- de gemeente Rotterdam te gebieden om de in de Intrekingsbrief vervatte beslissingen -om alle inschrijvingen opnieuw te beoordelen en op basis daarvan een nieuwe gunningsbeslissing te nemen- ongedaan te maken, waaronder het intrekken van de voorgenomen gunning ten gunste van [bedrijf2] zoals bekend gemaakt in de Tweede Gunningsbrief;
- de gemeente Rotterdam te gebieden om binnen twee weken na de datum van dit vonnis de Intrekingsbrief deugdelijk te motiveren en daartegen rechtsbescherming open te stellen, met inachtneming van de termijnen uit het Beschrijvend Document en hetgeen de voorzieningenrechter bij vonnis bepaalt;

Zowel primair als subsidiar

- waarbij elk verbod en gebod van dit petitum aan de gemeente Rotterdam wordt opgelegd op straffe van verbeurte van een direct opeisbare dwangsom van EUR 1.000.000,-; en
- de gemeente Rotterdam te veroordelen in de kosten van deze procedure, een tegemoetkoming in de door Strukton gemaakte kosten van juridische bijstand daaronder begrepen, alsmede de nakosten ten bedrage van EUR 131,- zonder betekening en van EUR 199,- met betekening van het in deze zaak te wijzen vonnis, met de aantekening dat als niet binnen twee weken na wijzing van het vonnis aan de proceskostenveroordeling is voldaan daarover de wettelijke rente verschuldigd is.

Strukton stelt daartoe het volgende.

3.2. Intrekking van de oorspronkelijke gunningsbeslissing is in strijd met het aanbestedingsrechtelijke gelijkheidsbeginsel, met de precontractuele goede trouw en met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De klacht, die naar Strukton inschat waarschijnlijk is ingediend door [bedrijf2], gaf de gemeente Rotterdam niet het recht om op de beslissing tot gunning aan Strukton terug te komen. Inschrijvers die het niet eens waren met het voornemen tot gunning aan Strukton hadden (slechts) het recht om een kort gedingprocedure aanhangig te maken binnen 20 dagen, overeenkomstig paragraaf 4.2.16 van het Beschrijvend Document, maar niet om in plaats daarvan een klacht bij de gemeente Rotterdam in te dienen. De klachtenprocedure in paragraaf 4.2.9 van het Beschrijvend Document ziet niet op de periode na het nemen van de gunningsbeslissing, maar slechts op de periode voorafgaand aan inschrijving. Mr. [persoon1] heeft dit ook bevestigd in het telefoongesprek met Strukton op 18 januari 2017. Als mr. [persoon1] daarmee haar volmacht te buiten is gegaan dan komt dat voor risico van de gemeente Rotterdam.

Ook is in het telefoongesprek door mr. [persoon1] medegedeeld dat door een afgewezen inschrijver een klacht was ingediend maar dat deze inschrijver had nagelaten om tijdig, binnen de Alcateltermijn, een kort geding aanhangig te maken tegen de gunningsbeslissing.

Indien de gemeente Rotterdam wel het recht had om de oorspronkelijke gunningsbeslissing in te trekken, dan is deze intrekking niet deugdelijk gemotiveerd en dient de gemeente Rotterdam alsnog deugdelijk te motiveren.

Dit kort geding richt zich alleen op de intrekking van de oorspronkelijke gunningsbeslissing. Strukton heeft een separaat kort geding aanhangig gemaakt om de beslissing tot gunning aan [bedrijf2] aan te vechten.

Strukton heeft in haar pleitnota gesteld dat het recht van een aanbesteder om een gunningsbeslissing in te trekken komt te vervallen zodra de Alcateltermijn is verstreken. De Alcateltermijn kan weliswaar worden verlengd, maar dat is in dit geval niet geschied.

3.3. De gemeente Rotterdam voert verweer.

3.4. EcoLoss voert verweer. EcoLoss vordert, samengevat, afwijzing van de vorderingen van Strukton totdat de gemeente Rotterdam nader heeft onderzocht of Strukton, en niet EcoLoss, inderdaad het laagst acceptabele bod heeft neergelegd, met veroordeling van Strukton en de gemeente Rotterdam in de proceskosten.

3.5. De Combinatie voert verweer. De Combinatie vordert, samengevat, afwijzing van de vorderingen van Strukton en de Combinatie vordert een verbod om de opdracht aan een ander dan de Combinatie te gunnen.

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

4 De beoordeling

4.1. Over de twee interventies wordt als volgt geoordeeld.

4.2. Ieder die een belang heeft bij een tussen andere partijen aanhangig geding, kan vorderen zich daarin te mogen voegen of daarin te mogen tussenkomen.

4.3. Het belang van EcoLoss, als inschrijver op de aanbesteding, is gegeven. Om die reden heeft de voorzieningenrechter, partijen gehoord hebbend ter zitting, de tussenkomst door Strukton toegestaan.

4.4. Het belang van de Combinatie, als inschrijver op de aanbesteding en - volgens de gemeente Rotterdam - ook de uiteindelijke winnaar daarvan, is eveneens gegeven. Om die reden heeft de voorzieningenrechter, partijen gehoord hebbend ter zitting, de tussenkomst/voeging door de Combinatie eveneens toegestaan. Hierna zal blijken dat het in dit geval om tussenkomst gaat.

4.5. Aan de beslissing om de Combinatie toe te staan tot interventie doen niet af de bezwaren van Strukton en van EcoLoss als zou niet de Combinatie, maar alleen [bedrijf2] hebben ingeschreven op de aanbesteding. Ter zitting heeft de gemeente Rotterdam desgevraagd verklaard dat niet [bedrijf2], maar de Combinatie heeft ingeschreven op de aanbesteding en dat, voor zover in het proces-verbaal van opening van de inschrijvingen of in correspondentie van de gemeente Rotterdam wordt gesproken van (alleen) [bedrijf2], dit berust op niet meer dan een administratieve onzorgvuldigheid van de gemeente Rotterdam. De voorzieningenrechter ziet vooralsnog geen reden om te twijfelen aan de juistheid van deze verklaring, en dit des te minder nu de Combinatie ter zitting haar Uniforme Eigen Verklaring heeft getoond. Deze verklaring bleek eveneens ingevuld te zijn op naam van de twee bedrijven die samen de Combinatie vormen.

4.6. Dan wordt toegekomen aan de inhoudelijke beoordeling.

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

4.8. De voorzieningenrechter onderschrijft niet de stelling van Strukton dat, na het nemen van de (eerste) gunningsbeslissing, nog slechts met een kort gedingprocedure kan worden opgekomen tegen deze gunningsbeslissing en dat een klacht bij de gemeente Rotterdam niet meer was toegestaan. Deze stelling vindt naar voorlopig oordeel geen steun in het recht. Een andersluidende opvatting zou er op neerkomen dat gedwongen rauwelijks moet worden gedagvaard, zelfs in die gevallen waar het voor een aanbesteder meteen duidelijk moet zijn dat een klacht terecht is (vgl. rechtbank Amsterdam 29 maart 2011 ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ3352 en rechtbank Midden-Nederland 16 september 2016, ECLI:RBMNE:2016:5323). Het belang van de aanbesteder en van de klagende inschrijver om niet geconfronteerd worden met onnodige gerechtelijke procedures is in dit oordeel meegewogen.

4.9. De voorzieningenrechter onderschrijft evenmin het standpunt van Strukton dat de gemeente Rotterdam rechtens gehouden was om een beslissing te nemen op de klacht binnen de Alcateltermijn. Nog daargelaten dat niet van een Alcateltermijn gesproken kan worden gesproken in het geval geen kort gedingprocedure aanhangig wordt gemaakt maar een klacht wordt ingediend bij de aanbesteder, heeft het volgende te gelden. De stelling van Strukton komt ongerijmd voor. Op een klacht die luttele seconden voor het verstrijken van de (Alcatel)termijn zou worden ingediend zou in de optiek van Strukton beslist moeten worden binnen nog minder seconden. Dat kan niet de bedoeling zijn. De Alcateltermijn omvat geen opdracht, noch aan de voorzieningenrechter, noch aan de aanbesteder, om te beslissen binnen een bepaalde termijn (afgezien dan van de nodige voortvarendheid die verwacht mag worden bij het nemen van de beslissing).

4.10. De voorzieningenrechter onderschrijft wel het standpunt van Strukton dat de beslissing van de gemeente Rotterdam om de eerste gunningsbeslissing in te trekken, een weinig deugdelijke motivering bevat. De reden waarom de klacht van de Combinatie gegrond is bevonden valt daarin niet terug te vinden. Het valt te betwijfelen of juist is het standpunt van de gemeente Rotterdam dat de vertrouwelijkheid van de inschrijving van de Combinatie zich heeft verzet tegen het verstrekken van een verdergaande motivering dan thans is gegeven. De hierna te bespreken uitleg die de Combinatie hierover heeft gegeven, wijst daar geenszins op. Die nadere uitleg wijst er slechts op dat het procedureel onzorgvuldig is gegaan bij de beoordeling van de inschrijving van de Combinatie. Nergens blijkt uit dat schending van bedrijfsvertrouwelijke informatie van de Combinatie te duchten valt.

4.11. De weinigzeggende motivering door de gemeente Rotterdam kan Strukton echter niet baten. De voorzieningenrechter acht immers de stellingname van de Combinatie voldoende steekhoudend om te oordelen dat de klacht van de Combinatie terecht gegrond is bevonden door de gemeente Rotterdam, op grond van het volgende.

4.12. De Combinatie heeft onweersproken gesteld dat zij op 2 van de 3 casus minder punten heeft gescoord onder meer omdat volgens de gemeente Rotterdam "foto's of een overzicht van de locatie zouden ontbreken." De Combinatie wijst er op dat dit verwijt van de gemeente Rotterdam in strijd is met paragraaf 5.6.2 van het Beschrijvend Document, waarin staat dat eventuele bijlagen vormvrij zijn. Voorts wijst de Combinatie op de scoretabel in het Beschrijvend Document, volgens welke 10 punten worden gescoord door middel van onderbouwing met bewijsstukken, maar dat ook zonder bewijsstukken (zoals bijvoorbeeld foto's) alsnog 8 punten kunnen worden gescoord, mits (anderszins) goed onderbouwd.

4.13. De voorzieningenrechter acht deze stellingname, die, zoals de Combinatie terecht stelt, zowel wat betreft de vormvrijheid van de gevraagde bewijsstukken als de scoresystematiek steun vindt in het Beschrijvend Document, een genoegzame verklaring voor de hogere puntentoekening aan de Combinatie in tweede instantie.

4.14. Overigens blijkt Strukton in zekere mate wel bekend met de reden waarom de gemeente Rotterdam de inschrijving van de Combinatie opnieuw heeft beoordeeld. Dit blijkt uit de pleitnota van Strukton. Daarin staat: *"De gemeente heeft gemeld dat zij aanvankelijk ten onrechte de score 'goed' aan [bedrijf2] had onthouden. Het ontbreken van voorbeeldfoto's had niet tot de toekenning van een voldoende mogen leiden."*

4.15. Voor zover Strukton zich op het standpunt stelt dat het niet geoorloofd is om een door de aanbestedder genomen beslissing later van een aanvullende motivering te voorzien, kan haar dat niet baten. Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad volgt op zich wel dat een latere aanvulling van de in de afwijzingsbrief genoemde relevante redenen in beginsel niet mogelijk is (HR 07-12-2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9233). Het gaat hier echter niet om een gunningsbeslissing maar om de intrekking daarvan en het is hier niet de gemeente Rotterdam, maar de Combinatie die duidelijk maakt waarom haar in tweede instantie terecht meer punten zijn toegekend. Indien de Combinatie zich niet jegens Strukton zou kunnen beroepen op de ondeugdelijkheid van de beoordeling van haar inschrijving dan zou dit al te zeer afbreuk doen aan de te betrachten effectieve rechtsbescherming in aanbestedingszaken (vgl. voorzieningenrechter rechtbank Rotterdam 6 januari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017: 367).

4.16. In dit oordeel ligt besloten dat Strukton zich niet kan beroepen op de inhoud van een telefoongesprek tussen haar directeur en mr. [persoon1] op 18 januari 2017. Indien in dit gesprek namens de gemeente Rotterdam toezeggingen zouden zijn gedaan aan Strukton, dan is de Combinatie daar niet aan gebonden. In zoverre dient het vertrouwensbeginsel te wijken voor het gelijkheidsbeginsel tussen de inschrijvers. Het gelijkheidsbeginsel vereist onder meer dat de aanbestedingsprocedure verloopt met toetsing aan (louter) objectieve criteria, en dus niet op basis van toezeggingen in bilaterale telefoongesprekken met één van de inschrijvers. Afgezien hiervan betwist de gemeente Rotterdam dat zij in dit telefoongesprek enig gerechtvaardigd vertrouwen heeft gewekt bij Strukton. Het zou daarom bewijslevering vergen om te beoordelen wat er precies gezegd is in dit telefoongesprek en daartoe leent een kort gedingprocedure zich niet (goed).

4.17. De vorderingen van Strukton zullen dan ook worden afgewezen.

4.18. Volledigheidshalve tekent de voorzieningenrechter nog het volgende aan. Strukton heeft in de onderhavige kort gedingprocedure alleen de rechtmatigheid van de intrekkingbeslissing willen aanvechten. Daarnaast heeft Strukton, separaat, een andere kort gedingprocedure aanhangig gemaakt om de rechtmatigheid aan te vechten van de beslissing tot gunning aan de Combinatie. Die procedure is nog niet op zitting behandeld. Echter, door de interventie van de Combinatie is het partijdebat alsnog uitgebreid tot de rechtmatigheid van de beslissing tot gunning aan de Combinatie. Daarom wordt in de onderhavige procedure daarover toch een oordeel geveld en beslist, en wel ten voordele van de Combinatie. Of het dan nog zinvol is, respectievelijk geen strijd zal opleveren met de goede procesorde, om het tweede kort geding van Strukton doorgang te laten vinden is aan Strukton om te beoordelen.

4.19. Over de proceskosten wordt als volgt geoordeeld.

4.20. De proceskosten tussen Strukton en Ecoloss zullen, nu partijen over en weer deels in het ongelijk worden gesteld, worden gecompenseerd. Ecoloss wordt in het gelijk gesteld voor zover de vorderingen van Strukton worden afgewezen. Ecoloss wordt in het ongelijk gesteld voor zover zij aan haar vordering de voorwaarde verbindt dat de gemeente Rotterdam eerst nader onderzoek moet verrichten naar het laagst acceptabele bod. De voorzieningenrechter neemt in dit verband haar oordeel over uit het vonnis van heden over de onderhavige aanbesteding in de procedure waarin EcoLoss de eisende partij is (kenmerk C/10/521302 / KG ZA 17-177). In die procedure is geoordeeld, samengevat, dat de aanbesteder geen plicht maar slechts een bevoegdheid heeft om de inschrijving ongeldig te verklaren als sprake is van een abnormaal lage inschrijving en, voorts, dat een andere inschrijver (in dit geval EcoLoss) zich niet mag beroepen op de wettelijke regeling over de abnormaal lage inschrijving.

4.21. Strukton zal worden veroordeeld in de proceskosten van de gemeente Rotterdam en van de Combinatie. De proceskostenveroordeling zal, zo nodig ambtshalve, uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard. Wettelijke rente zal niet worden toegewezen over de nakosten, nu ten aanzien van de nakosten niet nu al bekend is wanneer deze kosten gemaakt zullen worden en dus ook niet wanneer het verzuim met betrekking tot betaling van deze kosten zal intreden. De voorzieningenrechter stelt nog vast dat ten aanzien van de nakosten geen exploitkosten gevorderd worden, zodat die niet voor vergoeding in aanmerking komen. De proceskosten worden begroot op:

- zijdens de gemeente Rotterdam: € 1.434,-, zijnde 816,- aan salaris advocaat (standaard tarief kort geding volgens de Liquidatietarieven) en € 618,- aan griffierecht, nog te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de 15e dag na de datum van het onderhavige vonnis, zij het slechts tot aan de dag der algehele voldoening, en voorts vermeerderd met de gevorderde nakosten,

- zijdens de Combinatie: € 1.434,-, zijnde 816,- aan salaris advocaat (standaard tarief kort geding volgens de Liquidatietarieven) en € 618,- aan griffierecht, nog te vermeerderen met de gevorderde wettelijke rente vanaf 14 dagen na de datum van het onderhavige vonnis, zij het slechts tot aan de dag der algehele voldoening van deze kosten, en met de gevorderde nakosten.

5 De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. wijst het door Strukton gevorderde af,

5.2. wijst het door EcoLoss gevorderde af,

5.3. verbiedt de gemeente Rotterdam om de opdracht te gunnen aan een ander dan de Combinatie,

5.4. veroordeelt Strukton in de proceskosten van de gemeente Rotterdam, tot op heden begroot op € 1.434,-, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de 15e dag na de datum van het onderhavige vonnis tot aan de dag der algehele voldoening en voorts vermeerderd met nakosten ad € 131,- voor nasalaris zonder betekening, en, in geval betekening van het vonnis plaatsvindt, met € 68,-,

5.5. veroordeelt Strukton in de proceskosten van de Combinatie, tot op heden begroot op € 1.434,-, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 14 dagen na de datum van het onderhavige vonnis tot aan de dag der algehele voldoening en voorts vermeerderd met nakosten ad € 131,- voor nasalaris zonder betekening, en, in geval betekening van het vonnis plaatsvindt, met € 68,-,

5.6. bepaalt, in de verhouding tussen Strukton en EcoLoss, dat ieder der partijen de eigen proceskosten draagt,

5.7. verklaart de proceskostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad,

5.8. wijst het meer of anders gevorderde af.

Noot

Aanvulling motivering beslissing tot intrekking gunningsbeslissing

Inleiding

Deze zaak gaat over de intrekking van een gunningsbeslissing. De motivering van de intrekkingbeslissing schoot naar het oordeel van de voorzieningenrechter tekort. De voorzieningenrechter zag zich vervolgens gesteld voor de vraag of bij de beoordeling van de rechtmatigheid van een intrekkingbeslissing nog rekening mag worden gehouden met nadien aangevoerde argumenten.

Verbod op aanvulling motivering gunningsbeslissing

De HR heeft in 2012 in een tweetal arresten geoordeeld dat een latere aanvulling van de motivering van de gunningsbeslissing in beginsel niet mogelijk is. [\[noot:1\]](#) Dit volgt volgens de HR uit art. 6 lid 1 Wira (thans art. 2.130 lid 1 Aanbestedingswet 2012), op grond waarvan de mededeling van de gunningsbeslissing 'de relevante redenen' moet bevatten. De Nederlandse wetgever heeft daarmee, zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis van de Wira, [\[noot:2\]](#) verdergaande verplichtingen willen opleggen dan waartoe de Rechtsbeschermingsrichtlijnen verplichten. [\[noot:3\]](#) Ingevolge art. 2bis van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen hoeft de mededeling van de gunningsbeslissing namelijk enkel een 'samenvattende beschrijving' van de relevante redenen te bevatten. [\[noot:4\]](#)

Aanvulling motivering beslissing intrekking aanbesteding

In de rechtspraak is herhaaldelijk aan de orde gekomen of het verbod op het aanvullen van de motivering van de gunningsbeslissing tevens (analoog) van toepassing is op de beslissing van een aanbestedende dienst om een aanbesteding in te trekken. De opvattingen van voorzieningenrechters hierover lopen uiteen. Voorzieningenrechters van de Rechtbank Midden-Nederland stonden aanvulling van de gronden van de intrekkingbeslissing niet toe, [\[noot:5\]](#) terwijl de voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag aanvulling van de gronden van intrekkingbeslissing wel geoorloofd achtte en een beroep op de door de HR geformuleerde rechtsregel afwees. [\[noot:6\]](#)

Zoals gezegd leidt de HR het verbod op het aanvullen van de motivering van de gunningsbeslissing af uit art. 6 lid 1 Wira (thans art. 2.130 Aanbestedingswet 2012), op grond waarvan de mededeling van de gunningsbeslissing 'alle relevante redenen' moet bevatten. Blijkens art. 1.1 Aanbestedingswet 2012 omvat het begrip 'gunningsbeslissing' tevens de beslissing van de aanbestedende dienst om de opdracht niet te gunnen. Betoogd zou daarom kunnen worden dat de betreffende rechtsregel tevens van toepassing is op de beslissing om de opdracht niet te gunnen en een aanbesteding in te trekken.

Naar mijn mening is dit te kort door de bocht. De in art. 2.130 Aanbestedingswet 2012 neergelegde motiveringsplicht is namelijk toegespitst op de beslissing om de opdracht aan een bepaalde ondernemer te gunnen. Zo dient om te beginnen de mededeling van de gunningsbeslissing op grond van het eerste lid van art. 2.130 Aanbestedingswet 2012 naast de 'relevante redenen' tevens een nauwkeurige omschrijving van de opschortende termijn als bedoeld in art. 2.127 lid 1 Aanbestedingswet 2012 te bevatten. De opschortende termijn hoeft alleen voorafgaand aan het sluiten van de met de gunningsbeslissing beoogde overeenkomst in acht te worden genomen, niet tevens bij een beslissing tot intrekking van een aanbesteding. Voorts bepaalt het tweede lid van art. 2.130 Aanbestedingswet 2012 dat de in het eerste lid van dit artikel bedoelde 'relevante redenen' in ieder geval de kenmerken en relevante voordelen van de winnende inschrijving omvatten. Ook dit wijst erop dat de wetgever bij de formulering van art. 2.130 Aanbestedingswet 2012 enkel oog had voor de beslissing om een opdracht aan een bepaalde ondernemer te gunnen. Tot slot is bij de parlementaire behandeling van de Wira en later art. 2.130 Aanbestedingswet 2012 alleen aandacht besteed aan de motivering van de beslissing van de aanbestedende dienst om de opdracht aan een bepaalde ondernemer te gunnen. De beslissing tot intrekking van een aanbesteding is niet ter sprake gekomen. [\[noot:7\]](#)

Een aanbestedende dienst is zonder meer gehouden een beslissing tot intrekking van een aanbesteding te motiveren. [\[noot:8\]](#) Maar voor een verbod om deze motivering in een later stadium aan te vullen, is naar mijn mening geen steun te vinden in de hiervoor besproken rechtspraak van de HR.

Aanvulling motivering beslissing intrekking gunningsbeslissing

De hierboven opgenomen uitspraak zag op een beslissing tot intrekking van een gunningsbeslissing. Voor dit type beslissing zijn in de Aanbestedingswet 2012 en de Aanbestedingsrichtlijn in het geheel geen specifieke voorschriften opgenomen.

[noot:9] Een verplichting om een dergelijke beslissing te motiveren is mogelijk uit het algemene aanbestedingsrechtelijke beginsel van transparantie af te leiden of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, indien deze van toepassing zijn. Kennelijk heeft de voorzieningenrechter dit ook gedaan. Een (analoog) beroep op de rechtspraak over het verbod op het aanvullen van de motivering van een gunningsbeslissing is de voorzieningenrechter – in mijn ogen terecht – een brug te ver.

Conclusie en vuistregels voor de praktijk

Het is voor een aanbestedende dienst in beginsel niet mogelijk de motivering van een gunningsbeslissing aan te vullen. De arresten van de HR waaruit deze rechtsregel volgt ziet specifiek op de beslissing van de aanbestedende dienst om de opdracht aan een bepaalde ondernemer te gunnen. Die arresten lenen zich niet voor analoge toepassing op een beslissing tot intrekking van een aanbesteding of een beslissing tot intrekking van een gunningsbeslissing.

mr. dr. A.J. van Heeswijck, zelfstandig advocaat te Groningen en 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. 3.14.

[2]

Kamerstukken II 2008/09, 32 027, nr. 3 (MvT), p. 6-7 en p. 18.

[3]

Richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken, Pb 1989, L 395/33 en Richtlijn 92/13/EEG van de Raad van 25 februari 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de communautaire voorschriften inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, Pb 1992, L 76/14. Beide richtlijnen zijn ingrijpend gewijzigd bij Richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007, Pb 2007, L 335/31.

[4]

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.

[5]

Vzr. Rb. Midden-Nederland 11 januari 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:280, r.o. 4.8; Vzr. Rb. Midden-Nederland 15 februari 2013, ECLI:NL:RBMNE:BZ1349, r.o. 4.17.4.

[6]

Vzr. Rb. Den Haag 10 oktober 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:15717, «JAAN» 2014/9, m.nt. Damsma en Lombert.

[7]

Kamerstukken II 2008/09, 32 027, nr. 3 (MvT), p. 6-7 en p. 18; Kamerstukken II 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 94-95.

[8]

HvJ EU 14 december 2014, C-440/13 (Croce Amica One), r.o. 29-30; HvJ EG 18 juni 2002, C-92/00 (HI), r.o. 41.

[9]

Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG, Pb 2014, L 94/65.