

**JAAAN 2017/226, Rechtbank Gelderland, 14-07-2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:4329,
C/05/321290 / KG ZA 17-263 (annotatie)**

Gegevens

Instantie	Voorzieningenrechter Rechtbank Gelderland
Datum uitspraak	14-07-2017
Publicatie	JAAAN 2017/226 (Sdu Jurisprudentie Aanbesteding), aflevering 7, 2017
Annotator	mr. dr. A.J. van Heeswijck
ECLI	<u>ECLI:NL:RBGEL:2017:4329</u>
Zaaknummer	C/05/321290 / KG ZA 17-263
Overige publicaties	<u>ECLI:NL:RBGEL:2017:4329</u>
Rechtsgebied	Aanbestedingsrecht
Rechters	mr. Boonekamp
Partijen	de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [Eiseres] , gevestigd te [vestigingsplaats] , eiseres, advocaten mrs. A.B.B. Gelderman en L.J. Vermeulen te Enschede, tegen 1. de publiekrechtelijke rechtspersoon WAGENINGEN UNIVERSITEIT/WAGENINGEN UNIVERSITY, zetelend te Wageningen, 2. de stichting STICHTING WAGENINGEN RESEARCH, zetelend te Wageningen, gedaagden, advocaten mrs. G. Verberne en P. Juttmann te Amsterdam.
Regelgeving	<u>Aanbestedingswet 2012 - 2.54</u> <u>Aanbestedingswet 2012 - 2.57</u> <u>Aanbestedingswet 2012 - 2.130</u>

Inhoudsindicatie

Motivering gunningsbeslissing, Heraanbesteding, Rechtsverwerking, Vertrouwelijke informatie, Schadevergoeding, Wezenlijke wijziging

Ga direct naar

Samenvatting

Uitspraak

Beslissing/besluit

Noot

Samenvatting

Wageningen Universiteit/Wageningen University en Stichting Wageningen Research (hierna: WUR) hebben op 8 december 2016 een Europese mededingingsprocedure met onderhandeling gepubliceerd, voor de levering van sanitaire artikelen. De aanbestedingsprocedure vond digitaal plaats via het platform Negometrix.

Op 29 maart 2017 heeft Eiseres ontdekt dat in het op 24 januari 2017 door WUR geplaatste prijsinvulformulier verborgen kolommen zichtbaar konden worden gemaakt, waarin de stuksprijzen en jaarlijkse omzetten van Eiseres als huidige leverancier van sanitaire producten zichtbaar werden. Dit heeft zij bij e-mailbericht van 29 maart 2017 aan WUR kenbaar gemaakt, waarna WUR het prijsinvulformulier heeft verwijderd en vervangen door een herzien prijzenblad zonder informatie over Eiseres.

Eiseres heeft op 5 mei 2017 haar inschrijving ingediend. Bij brief van 15 mei 2017 is Eiseres meegedeeld dat de opdracht niet aan haar wordt gegund. De winnende inschrijving is gedaan door Asito B.V. (hierna: Asito).

Eiseres vordert in deze procedure de voorlopige gunningsbeslissing in te trekken en de opdracht, voor zover WUR de opdracht nog wenst te gunnen, te heraanbesteden.

Aansprakelijkheid

WUR heeft abusievelijk op 24 januari 2017 een prijsinvulformulier op Negometrix geplaatst, waarin onder meer actuele stuksprijzen en jaarlijkse omzetcijfers van Eiseres stonden vermeld. Partijen zijn het erover eens dat het openbaren van deze gegevens abusievelijk heeft plaatsgevonden en niet had mogen gebeuren. Vaststaat dat Eiseres aan WUR kenbaar heeft gemaakt naar een oplossing voor de situatie te willen zoeken en partijen hebben hierover ook (onder meer) schriftelijk gecorrespondeerd. Uit deze correspondentie blijkt dat Eiseres WUR op 10 april 2017 formeel aansprakelijk heeft gesteld voor mogelijke schade die zij door de openbaarmaking lijdt en daar graag een reactie van WUR op wenst te ontvangen. Niet, althans onvoldoende weersproken is dat het Eiseres daarbij ging om een financiële compensatie voor de schade, zoals ook kan worden afgeleid uit de onweersproken mededeling van WUR ter zitting dat Eiseres akkoord is gegaan met de reactie van WUR dat de verdere afwikkeling van de aansprakelijkstelling zou plaatsvinden door haar aansprakelijkheidsverzekeraar. Niet gesteld of gebleken is dat Eiseres zich op enig moment voor het sluiten van de inschrijvingstermijn jegens WUR op het standpunt heeft gesteld dat de gang van zaken de verdere aanbesteding ongeldig zou maken en/of dat zij om deze reden staking van de aanbesteding verlangde of zich het recht voorbehield de geldigheid van de aanbesteding later nog ter discussie te stellen. Onder deze omstandigheden heeft WUR erop mogen vertrouwen dat zij de aanbestedingsprocedure kon voortzetten zonder het risico te lopen dat Eiseres de geldigheid daarvan om de hier bedoelde reden alsnog ter discussie zou stellen.

Het staat Eiseres op dit moment, nadat de volledige aanbestedingsprocedure is doorlopen en is gebleken dat Eiseres niet de winnende inschrijving heeft gedaan, niet meer vrij de geldigheid daarvan alsnog te betwisten met de stelling dat inbreuk is gemaakt op het bepaalde in artikel 2.57 Aw. Op het moment dat Eiseres WUR aansprakelijk heeft gesteld voor geleden en nog te lijden schade en vervolgens akkoord is gegaan met verdere afhandeling van het daaromtrent gerezen geschil door de aansprakelijkheidsverzekeraar van WUR, zonder daaraan op dat moment het standpunt te verbinden dat de aanbestedingsprocedure volgens haar verder niet (meer) geldig zou kunnen verlopen, heeft Eiseres haar recht verwerkt dit achteraf in deze procedure alsnog aan te voeren. Reeds daarom kan deze grondslag niet tot staking van de voorlopige gunningsbeslissing en heraanbesteding van de opdracht leiden. Het antwoord op de vragen of de openbaar gemaakte informatie al dan niet valt onder de reikwijdte van artikel 2.57 Aw, of Eiseres door de openbaarmaking werkelijk is geschaad en welke consequentie dat op die gronden zou moeten hebben kan daarom in het midden blijven.

Wezenlijke wijziging

Eiseres stelt dat WUR op 2 mei 2017 een belangrijke wijziging op het prijsinvulformulier heeft doorgevoerd waardoor opeens een aanpassing van de inschrijving op het punt van dameshygiëne mogelijk was, maar dat zij onvoldoende tijd heeft gehad om haar inschrijving aan te passen en in dat opzicht dus is benadeeld. Dit standpunt van Eiseres gaat uit van de veronderstelling dat inschrijvers tot 2 mei 2017 uitsluitend met boxen als optie voor de inzameling van dameshygiënemiddelen mochten inschrijven en niet met alternatieven zoals bijvoorbeeld papieren zakjes, en dat WUR dat standpunt op 2 mei 2017 opeens heeft verlaten. De voorzieningenrechter is van oordeel dat deze veronderstelling onjuist is.

Uit het Programma van Eisen en zeker uit de Nota van Inlichtingen, had Eiseres moeten begrijpen dat het de inschrijvers altijd heeft vrijgestaan om op alle onderdelen in te schrijven met de oplossing die zij het meest passend vonden.

Eiseres voert aan dat de stelling dat wél een belangrijke wijziging heeft plaatsgevonden daarnaast kan worden afgeleid uit de omstandigheid dat in de laatste versie van het prijsinvalformulier van 2 mei 2017 een nieuwe vraag aan kolom C van het formulier is toegevoegd, inhoudende "Welke dienst biedt u aan voor dameshygiëne?". Hoewel Eiseres aan de toevoeging van deze vraag de conclusie verbindt dat eerst vanaf dat moment ook andere mogelijkheden voor de inzameling van dameshygiëne mochten worden aangeboden, acht de voorzieningenrechter dit niet aannemelijk.

Ook uit deze stelling volgt geen belangrijke wijziging van het prijsinvalformulier, zodat ook deze stelling niet tot staking van de voorlopige gunningsbeslissing en heraanbesteding van de opdracht kan leiden.

Motivering gunningsbeslissing

Artikel 2.130 Aw bepaalt dat de mededeling van de gunningsbeslissing aan iedere betrokken inschrijver de relevante redenen voor die beslissing bevat, waaronder in ieder geval wordt verstaan de kenmerken en relatieve voordelen van de uitgekozen inschrijving alsmede de naam van de begunstigde. Vaststaat dat in de gunningsbeslissing van 15 mei 2017 de naam van de begunstigde staat vermeld, te weten Asito. De redenen voor afwijzing van de inschrijving van Eiseres en de motivering van de keuze voor Asito zijn in die brief echter slechts zeer summier weergegeven. Op verzoek van Eiseres heeft WUR daarop twee aanvullingen gegeven bij brieven van 17 mei 2017 en 31 mei 2017. Indien veronderstellenderwijs wordt aangenomen dat de gunningsbeslissing van 15 mei 2017 onvoldoende was gemotiveerd en in de brieven van 17 en 31 mei 2017 naast een toelichting op de beslissing nieuwe redenen voor afwijzing zouden staan vermeld, zou dat slechts tot gevolg kunnen hebben dat WUR een volledig nieuwe gunningsbeslissing zou moeten nemen waarin direct een volledige motivering van de genomen beslissing moet zijn opgenomen en waarin dus alle redenen voor afwijzing van de inschrijving van Eiseres staan vermeld. Indien WUR daartoe zou worden veroordeeld, is aannemelijk dat zij de brief van 31 mei 2017 opnieuw aan Eiseres zou toesturen. Niet in geschil is immers dat in die brief wel uitgebreid staat vermeld waarom de inschrijving van Eiseres niet de winnende inschrijving is en dat daarin de inschrijvingen van Eiseres en de winnende partij Asito met elkaar worden vergeleken, waarbij gemotiveerd wordt aangegeven waarom de inschrijving van Asito op de verschillende onderdelen beter is beoordeeld. Op basis daarvan is aannemelijk dat deze brief voldoet aan de vereisten van artikel 2.130 Aw, zodat Eiseres geen belang heeft bij de ontvangst van een nieuwe gunningsbeslissing met motivering. Deze afdoende motivering heeft zij al in haar bezit.

Voor zover Eiseres erover klaagt dat haar geen overzicht is geboden in de scores van haarzelf en Asito op de onderdelen kwaliteit geldt het volgende. Uit de toelichting ter zitting van WUR is gebleken dat Eiseres meteen op 15 mei 2017 inzage kon nemen in die scores via Negometrix, waarin per onderdeel kwaliteit is aangegeven hoeveel fictieve korting Asito en Eiseres hebben gescoord. De enkele omstandigheid dat Eiseres in totaal 600% minder heeft gescoord op kwaliteit dan Asito, wettigt niet de conclusie dat de beoordeling zodanig onjuist is dat een heraanbesteding zou moeten plaatsvinden. Nu Eiseres overigens geen inhoudelijke verweren heeft gevoerd tegen de beoordeling van haar inschrijving en de juistheid van de daaruit voortgevloeide voorlopige gunningsbeslissing, kan ook deze grondslag niet tot staking van die beslissing en heraanbesteding van de opdracht leiden. Gezien het voorgaande heeft Eiseres geen belang bij bekendmaking van de uiteindelijke inschrijfprijs van Asito, die WUR overigens ter zitting wel bekend heeft gemaakt.

Slotsom

Dit alles leidt tot de slotsom dat de vorderingen van Eiseres worden afgewezen.

Uitspraak

1 De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding met producties 1 tot en met 14b
- de nagezonden productie 15 van [Eiseres]
- de nagezonden vervangende productie 15 en productie 16 van [Eiseres]
- de producties 1 tot en met 7 van WUR
- de mondelinge behandeling van 6 juli 2017

- de pleitnota van [Eiseres]

- de pleitnota van WUR.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2 De feiten

2.1. WUR heeft op 8 december 2016 een Europese mededingingsprocedure met onderhandeling gepubliceerd, voor de levering van sanitaire artikelen. De aanbestedingsprocedure vond digitaal plaats via het platform Negometrix.

2.2. Het Programma van Eisen vermeldt voor zover voor de beoordeling van dit geschil van belang:

'2 Beschrijving van de Opdracht

2.1 Inleiding

Deze aanvraag komt voort uit de noodzaak om het huidige contract voor de levering van sanitair papier te vernieuwen.

(...)

Maar deze opdracht omvat niet simpelweg de levering van sanitair papier. Dat geeft ons geen antwoord op de vraag of en hoe wij de processen rond sanitair(e) verzorging kunnen verbeteren. Wij willen stappen zetten om de kringloop te managen in de complexe organisatie van WUR en daarbuiten. Hier hebben wij de expertise en de inzet van de markt bij nodig. Natuurlijk is de productlevering essentieel, maar WUR stuurt ook aan op een gedragsverandering bij medewerkers en studenten en op de duurzame inzet van de leverancier als expert om te helpen doelstellingen te kwalificeren en te kwantificeren. De focus ligt niet op denken-in-producten maar op denken-in-processen. Daarom kiezen wij voor een integrale benadering en verzoeken de markt om mee te denken over optimalisering en daar voorstellen voor in te dienen.

(...)

2.2 Doelstellingen

Wij streven naar een totaalconcept met een hoog en duurzaam rendement. Als resultaat van deze aanbesteding wil WUR voor de locaties in en direct rond de stad Wageningen graag die Inschrijver contracteren die ons het beste gaat helpen om:

1. duurzaamheid rond het aandachtsgebied van de sanitaire voorzieningen te bevorderen,
2. de beleving van de sanitaire voorzieningen positief te beïnvloeden, en
3. de efficiëntie van alle processen rondom het gebruik en onderhoud van de sanitaire voorzieningen toe te laten nemen (exclusief gebouw-gebonden onderhoud).

2.3 Sanitaire artikelen

(...)

Voor de situatie bij Wageningen University & Research rekenen wij ten minste de onderstaande artikelen tot de 'sanitaire artikelen'. (...)

(...)

5. Dames hygiëne inzameling (nu containers)

(...)

2.6 Eisen

In Negometrix treft u een opsomming van eisen aan. Er dient onvoorwaardelijk aan alle eisen te worden voldaan. Dit wordt aan het einde van de procedure geverifieerd. (...)

Voor de opgesomde sanitaire artikelen zijn de volgende minimumeisen geformuleerd:

(...)

5. Dames hygiëne inzameling (nu containers): geen minimumeisen.

(...)

2.3. WUR heeft op 24 januari 2017 een prijsinvulformulier geüpload op Negometrix. Dit formulier bevat voor de inschrijvers een kolom met productomschrijvingen van de gewenste sanitaire producten en daarnaast een aantal kolommen waarin onder meer de producttypen, de aantallen en de stuksprijzen kunnen worden ingevuld.

2.4. WUR heeft aan de hand van vragen afkomstig van potentiële inschrijvers een Nota van Inlichtingen opgesteld. In deze nota zijn vanaf 21 december 2016 tot en met

3 maart 2017 vragen beantwoord. De Nota van Inlichtingen vermeldt voor zover thans van belang:

'40. 2.3. van de selectieleidraad

Vraag: Bij 2.3. van de selectieleidraad geeft u aan "Het gegeven dat er nu met papieren handdoekjes wordt gewerkt blijft in onze ogen de meest logische en gewenste oplossing".

Een oplossing die toeziet op gebruik van katoen lijkt u hiermee uit te sluiten. Waarom kiest u daarvoor?

Antwoord op 21 december 2016 13:01:

Deze vraag loopt vooruit op de volgende fase. De productkeuze maakt deel uit van het ontwerp van de Inschrijvers.

(...)

47. Huidige contract dameshygienecontainers

Vraag: Is het contract dat nu met [Eiseres] voor damesverbandcontainers loopt per 28 februari 2017 opgezegd? Met andere woorden, de dameshygiene inzameling wordt dan opgenomen in het nieuwe contract?

Antwoord op 21 december 2016 13:10:

De betreffende overeenkomst is zoals aangegeven per maand opzegbaar. Van de nieuwe leverancier verwachten wij dat hij zijn voorstel voor de dameshygiëne-inzameling opneemt in zijn procesontwerp.

(...)

82. Prijsinvulmodel

Vraag: Bij de damesverbandcontainers nemen wij aan dat de aanbestedende dienst een prijs per wissel wenst? Kunt u dat bevestigen?

Antwoord op 21 feb 2017 13:41:

WUR gaat er niet automatisch van uit dat omwisselen de oplossing zal worden.

Inschrijvers die voor omwisselservice kiezen kunnen – als de producten / diensten volledig overeenstemmen met de huidige situatie – hun tarieven koppelen aan één of meer cellen van de regels 30 t/m 32.

Inschrijvers waar dit niet voor geldt kunnen hun tarieven en eenheden ingeven bij de mogelijkheid om alternatieven aan te bieden en te beschrijven.

(...)

88. 6.2.8 Huidige situatie

Vraag: IN de huidige situatie zijn de dameshygiëneboxen eigendom van de huidige leverancier. Wenst u in de toekomst eigenaar te worden van de dameshygiëneboxen of geniet u voorkeur dezelfde opzet als de huidige situatie.

Antwoord op 21 feb 2017 13:45:

WUR is niet de expert en vraagt aan Inschrijvers om een oplossing.

(...)

101. 2.9 Cijfers en aantallen

Vraag: Bij de product omschrijvingen geeft u twee verschillende soorten handdoekpapier aan, waarvan een soort handdoekpapier een rol is. Nemen wij het correct aan dat wij een soort handdoek mogen gaan leveren? Zo niet, kunt u dan nader specificeren wat u exact bedoelt?

Antwoord op 21 feb 2017 13:52:

Uw aanname is juist. (...)

Vrij vragen een oplossing (toekomst) voor onze sanitaire ruimten waarbij minimaal de volgende producten worden uitgevraagd:

(...)

5. Dames hygiëne inzameling (nu containers)

Wat voor soort u gaat aanbieden schrijven wij niet voor (wij hebben enkel minimale eisen gesteld). Dat dient onderdeel uit te maken van uw planontwerp.

(...)

103. Paragraaf 2.13, pagina 13

(...)

Antwoord op 21 feb 2017 13:52:

WUR wijst geen oplossingsrichtingen bij voorbaat af, (...)

2.5. Op 29 maart 2017 heeft [Eiseres] ontdekt dat in het op 24 januari 2017 door WUR geplaatste prijsinvalformulier verborgen kolommen zichtbaar konden worden gemaakt, waarin de stuksprijzen en jaarlijkse omzetten van [Eiseres] als huidige leverancier van sanitaire producten zichtbaar werden. Dit heeft zij bij e-mailbericht van 29 maart 2017 aan WUR kenbaar gemaakt, waarna WUR het prijsinvalformulier heeft verwijderd en vervangen door een herzien prijzenblad zonder informatie over [Eiseres].

2.6. Op 7 april 2017 heeft tussen partijen een gesprek plaatsgevonden naar aanleiding van de onterechte plaatsing van het eerste prijsinvalformulier. [Eiseres] heeft van dit gesprek een verslag opgesteld, welke verslag zij in haar brief van 10 april 2017 aan WUR heeft opgenomen. Deze brief vermeldt voor zover van belang:

'Aanleiding van onze bijeenkomst was het feit dat de WUR prijzen op artikelniveau en stuksprijzen van [Eiseres] heeft gecommuniceerd in de tender 216-NEG-49675, Sanitaire artikelen. [Eiseres] heeft nimmer toestemming gegeven om haar prijzen te communiceren. De WUR is niet gerechtigd om prijzen van zittende en aanbestedende partijen te communiceren zonder toestemming (zie daarvoor het tender document, de huidige overeenkomst en de aanbestedingswet 2012).

In ons gesprek waren de WUR als [Eiseres] het eens dat bovenstaande onbedoeld en onbewust was. Van kwade opzet is er geen sprake geweest. Helaas echter, is [Eiseres] fors benadeeld in haar concurrentiepositie voor de huidige tender met de WUR en zeker ook aanbestedingen in de toekomst. Hierdoor zijn wij als [Eiseres] genoodzaakt de WUR aansprakelijk te stellen voor de schade die [Eiseres] hierdoor heeft geleden dan wel zal lijden. In ons gesprek van afgelopen vrijdag hebben beide partijen uitgesproken dit liever niet voor de rechter te brengen.'

2.7. Op 14 april 2017 is het prijsinvulformulier gewijzigd. De heer [medewerker WUR] , als senior inkoper werkzaam bij WUR, heeft ter toelichting daarop geschreven:

Hartelijk dank aan alle partijen voor het meedenken over een meer transparant prijsmodel. Op hoofdlijnen zit iedereen er op vergelijkbare wijze in. Ik ben op basis van de input tot de bijgevoegde variant gekomen. Graag hoor ik in de gesprekken of er nog aanpassingen in de opzet noodzakelijk of gewenst zijn.'

In het prijsinvulformulier staat in kolom A ten aanzien van de eenmalige kosten bij aanvang van de overeenkomst 'Dameshygienebox: 510'.

2.8. Op 21 april 2017 is het prijsinvulformulier nogmaals gewijzigd. Ter toelichting op deze wijziging heeft [medewerker WUR] geschreven:

'Allereerst dank aan alle inschrijvers voor het bijdragen aan het objectiveren van het prijsinvulblad. De conceptversie treft u bijgevoegd. WUR is aan de hand van de suggesties en de gesprekken tot uitgangspunten gekomen die in de eveneens toegevoegde Toelichting worden benoemd. Ik nodig u uit om hier kennis van te nemen, om het Excelbestand te beproeven en WUR op eventuele verbeterpunten te wijzen.

Ik ben zelf met verlof tot 1 mei en zal op die datum de projectgroep vragen om aan de hand van eventueel binnengekomen berichten een eindversie vast te stellen. Ik verwacht – ingeval van aanpassing – deze uiterlijk dinsdag 2 mei te kunnen aanleveren.'

In het prijsinvulformulier staat in kolom A (Overzicht historische afname) 'Dameshygienecontainers' en in kolom B (Dispenser- en servicekosten, getotaliseerd voor de looptijd) 'Dameshygiene incl. hardware als service: 510'.

2.9. Bij e-mailbericht van 25 april 2017 heeft de heer [medewerker eiseres] namens [Eiseres] aan WUR geschreven dat hij de inhoudelijke reactie van WUR op de aansprakelijkstelling zoals die bij brief van 10 april 2017 formeel heeft plaatsgevonden medio mei 2017 van WUR verwacht.

2.10. Op 2 mei 2017 is de eindversie van het prijsinvulformulier geüpload. In deze eindversie staat in kolom A (Overzicht historische afname) 'Dameshygienecontainers', in kolom B (Dispenser- en servicekosten, getotaliseerd voor de looptijd) 'Dameshygiene: 510' en in kolom C (Verbruiksartikelen) 'Welke dienst biedt u aan voor Dameshygiene? Uitgangspunt voor de calculatie is 14.123 wisselingen per jaar'. In de toelichting op dit document staat onder meer vermeldt:

'Tabelonderdeel B: Dispensers- en Servicekosten, getotaliseerd voor de looptijd

(...)

15. WUR gaat er van uit dat in de servicekosten voor de dameshygiëneboxen zaken als aanschaf- en montagekosten inbegrepen zijn.

(...)

2.11. [Eiseres] heeft op 5 mei 2017 haar inschrijving ingediend. Bij brief van 15 mei 2017 heeft [medewerker WUR] namens WUR aan [Eiseres] onder meer het volgende geschreven:

'De opdracht wordt op grond van de beoordeling van uw inschrijving niet aan [Eiseres] gegund. De winnende inschrijving is gedaan door Asito B.V.

De resultaten van de beoordeling zijn te vinden op het Negometrixplatform en zijn in te zien door te klikken op de link onderaan dit bericht.

In de kern genomen komt de uitslag voor [Eiseres] neer op een combinatie van een te lage kwaliteitsscore om de commercieel sterke inschrijving te kunnen compenseren. De aandacht voor de – overigens prima – productconcepten staat in de ogen van de beoordelaars in een ongunstige verhouding tot uitdieping van onderwerpen als verandering, managen en processen. Hierdoor komt de door WUR nagestreefde opwaardering van onder meer regie- en procesvoering te weinig aan de oppervlakte en dit is het gebied waar de winnende inschrijver juist zeer sterk acteert.

(...)

2.12. [Eiseres] heeft in reactie op deze brief om een complete en gedetailleerde input van de afwijzing gevraagd. Op 17 mei 2017 heeft [medewerker WUR] namens WUR aan [Eiseres] onder meer het volgende geschreven:

'Per vraag uitgewerkt:

3.4.1.

(...)

• *[Eiseres] besteedt in de inschrijving veel aandacht aan de producten. Deze krijgen significant meer aandacht dan de processen, terwijl dat laatste is waar nadrukkelijk de behoefte van WUR ligt en waar de winnende partij zoals aangegeven zeer sterk acteert.*

• *Waar [Eiseres] recycling promoot zet Asito meer in op upcycling. Upcycling is duurzamer dan recycling. Duurzaamheid is één van de pijlers van de aanbesteding.*

• *Bij de beïnvloeding van de beleving steekt [Eiseres] in op productniveau, waar Asito daarnaast ook ingaat op communicatie over duurzaamheid van de producten en het stimuleren van een gedragsverandering bij de gebruiker ten aanzien van duurzaamheid inclusief het meten van effecten ervan.*

3.4.2.

(...)

• *In de uitwerking neemt [Eiseres] de rol van uitvoerder aan, maar gaat inhoudelijk niet in op de benadering van bestaande processen en belangen van andere partijen in de keten bij WUR. Efficiency in processen en de keten is een pijler van de aanbesteding.*

• *WUR denkt bij deze vraag niet in fasen op de wijze waarop [Eiseres] dat doet en heeft die benadering door [Eiseres] in de gespreksronde ontraden.*

• *[Eiseres] biedt bij de tweede vraag enkele optionele acties aan, zoals het recyclen van kantoorpapier, hetgeen Asito in het "planontwerp" al aanbiedt.*

3.4.3.

(...)

• *[Eiseres] biedt bij de derde vraag als optie het recyclen van papieren handdoeken. Dit biedt Asito al in het "planontwerp" aan.*

• *Het Waste to Resource Concept ziet WUR niet als innovatie, mede omdat het een initiatief betreft dat al gerealiseerd is op Schiphol Airport.*

• *Bij de ontwikkeling van het onderwerp maakt [Eiseres] weinig gebruik van de expertise van de partners: zij leveren toezicht en rapporteren. Juist de rolverdeling, de uitwerking van de samenwerking en het zoeken naar synergie zijn zaken waar WUR graag inzicht in krijgt.*

(...)

2.13. [Eiseres] heeft vervolgens een klacht ingediend bij WUR over het handelen van WUR tot dan toe. [Eiseres] vraagt WUR daarbij om uiterlijk voor 30 mei 2017 om 12.00 uur te reageren. WUR heeft in reactie hierop kenbaar gemaakt de termijn van 30 mei 2017 niet te halen en zij heeft de rechtsbeschermingstermijn voor [Eiseres] verlengd tot en met 6 juni 2017. Op 31 mei 2017 heeft WUR schriftelijk op de klacht van [Eiseres] gereageerd. In deze brief is WUR ingegaan op de door [Eiseres] genoemde bezwaren en heeft WUR per bezwaar een uitgebreide inhoudelijke reactie gegeven. WUR is daarbij niet inhoudelijk op haar gunningsbeslissing van 15 mei 2017 teruggekomen.

3 Het geschil

3.1. [Eiseres] vordert bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

Primair

I WUR te gebieden haar gunningsvoornemen van 15 mei 2017 (inclusief aanvullingen daarop) aan Asito in te trekken binnen drie dagen na de datum van dit vonnis;

II WUR te gebieden de aanbestedingsprocedure binnen drie dagen na de datum van dit vonnis te staken en gestaakt te houden;

III WUR te gebieden de opdracht in gewijzigde vorm aan te besteden, voor zover WUR de opdracht nog wenst te gunnen;

Subsidiar

IV WUR te gebieden haar gunningsvoornemen van 15 mei 2017 (inclusief aanvullingen daarop) aan Asito in te trekken binnen drie dagen na de datum van dit vonnis;

V WUR te gebieden om, al dan niet na een herbeoordeling van de inschrijvingen door een nieuwe beoordelingscommissie, een nieuwe voorlopige gunningsbeslissing te nemen die voldoet aan de eisen van de Aanbestedingswet 2012;

Meer subsidiar

VI zodanige maatregelen te treffen, die de voorzieningenrechter op zijn plaats acht;

Nog meer subsidiar

VII in het geval voornoemde vorderingen worden afgewezen, WUR te gebieden, onder de ontbindende voorwaarde van het niet tijdig aanhangig maken van hoger beroep, de aanbestedingsprocedure gestaakt te houden en geen uitvoering te geven aan het voornemen tot gunning aan Asito voordat in hoger beroep uitspraak is gedaan;

Primair, subsidiar, meer subsidiar en nog meer subsidiar

VIII alles op straffe van verbeurte van een dwangsom ten laste van WUR en ten gunste van [Eiseres] van € 1.000.000,00 ineens indien [Eiseres] niet aan het vonnis voldoet, althans een door de voorzieningenrechter in goede justitie te bepalen bedrag;

IX WUR te veroordelen in de proceskosten, te vermeerderen met de wettelijke rente daarover.

3.2. WUR voert verweer en concludeert tot afwijzing van de vorderingen.

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

4 De beoordeling van het geschil

4.1. De spoedeisendheid van de vordering vloeit voldoende uit de stellingen van [Eiseres] voort.

4.2. [Eiseres] vordert in deze procedure primair kort gezegd de voorlopige gunningsbeslissing in te trekken en de opdracht, voor zover WUR de opdracht nog wenst te gunnen, te heraanbesteden. [Eiseres] legt aan deze vordering allereerst ten grondslag dat WUR in strijd met artikel 2.57 Aanbestedingswet (Aw) heeft gehandeld, door van januari 2017 tot en met maart 2017 de actuele stuksprijzen en de jaarlijkse omzetten van [Eiseres] op Negometrix te plaatsen. [Eiseres] stelt dat het WUR op grond van lid 1 van dit artikel niet is toegestaan informatie te openbaren die haar door een ondernemer als vertrouwelijke informatie is verstrekt en/of die de mededinging kan vervalsen en dat, nu WUR dit toch heeft gedaan, de opdracht in gewijzigde vorm opnieuw dient te worden aanbesteed.

4.3. De voorzieningenrechter overweegt als volgt. Vaststaat dat [Eiseres] er op 29 maart 2017 achter is gekomen dat WUR op 24 januari 2017 een prijsinvulformulier op Negometrix heeft geplaatst, waarin onder meer actuele stuksprijzen en jaarlijkse omzetcijfers van [Eiseres] stonden vermeld. Partijen zijn het erover eens dat het openbaren van deze gegevens abusievelijk heeft plaatsgevonden en niet had mogen gebeuren. Vaststaat dat [Eiseres] aan WUR kenbaar heeft gemaakt naar een oplossing voor de situatie te willen zoeken en partijen hebben hierover ook (onder meer) schriftelijk gecorrespondeerd. Uit deze correspondentie blijkt dat [Eiseres] WUR op 10 april 2017 formeel aansprakelijk heeft gesteld voor mogelijke schade die zij door de openbaarmaking lijdt en daar graag een reactie van WUR op wenst te ontvangen. Niet, althans onvoldoende weersproken is dat het [Eiseres] daarbij ging om een financiële compensatie voor de schade, zoals ook kan worden afgeleid uit de onweersproken mededeling van WUR ter zitting dat [Eiseres] akkoord is gegaan met

de reactie van WUR dat de verdere afwikkeling van de aansprakelijkstelling zou plaatsvinden door haar aansprakelijkheidsverzekeraar. Niet gesteld of gebleken is dat [Eiseres] zich op enig moment voor het sluiten van de inschrijvingstermijn jegens WUR op het standpunt heeft gesteld dat de gang van zaken de verdere aanbesteding ongeldig zou maken en/of dat zij om deze reden staking van de aanbesteding verlangde of zich het recht voorbehield de geldigheid van de aanbesteding later nog ter discussie te stellen. Onder deze omstandigheden heeft WUR erop mogen vertrouwen dat zij de aanbestedingsprocedure kon voortzetten zonder het risico te lopen dat [Eiseres] de geldigheid daarvan om de hier bedoelde reden alsnog ter discussie zou stellen. De voorzieningenrechter is van oordeel dat het [Eiseres] daardoor op dit moment, nadat de volledige aanbestedingsprocedure is doorlopen en is gebleken dat [Eiseres] niet de winnende inschrijving heeft gedaan, niet meer vrij staat de geldigheid daarvan alsnog te betwisten met de stelling dat inbreuk is gemaakt op het bepaalde in artikel 2.57 Aw. Op het moment dat [Eiseres] WUR aansprakelijk heeft gesteld voor geleden en nog te lijden schade en vervolgens akkoord is gegaan met verdere afhandeling van het daaromtrent gerezen geschil door de aansprakelijkheidsverzekeraar van WUR, zonder daaraan op dat moment het standpunt te verbinden dat de aanbestedingsprocedure volgens haar verder niet (meer) geldig zou kunnen verlopen, heeft [Eiseres] haar recht verwerkt dit achteraf in deze procedure alsnog aan te voeren. Reeds daarom kan deze grondslag niet tot staking van de voorlopige gunningsbeslissing en heraanbesteding van de opdracht leiden. Het antwoord op de vragen of de openbaar gemaakte informatie al dan niet valt onder de reikwijdte van artikel 2.57 Aw, of [Eiseres] door de openbaarmaking werkelijk is geschaad en welke consequentie dat op die gronden zou moeten hebben kan daarom in het midden blijven.

4.4. Voorts stelt [Eiseres] dat WUR in strijd heeft gehandeld met artikel 2.54 lid 1 Aw, omdat het een aanbestedende dienst niet is toegestaan kort voor de inschrijfdatum nog nadere inlichtingen te verstrekken, zeker wanneer het gaat om belangrijke wijzigingen die van grote invloed zijn op de inschrijving, en WUR dit wel heeft gedaan. [Eiseres] stelt dat WUR op 2 mei 2017 een belangrijke wijziging op het prijsinvalformulier heeft doorgevoerd waardoor opeens een aanpassing van de inschrijving op het punt van dameshygiëne mogelijk was, maar dat zij onvoldoende tijd heeft gehad om haar inschrijving aan te passen en in dat opzicht dus is benadeeld. Dit standpunt van [Eiseres] gaat uit van de veronderstelling dat inschrijvers tot 2 mei 2017 uitsluitend met boxen als optie voor de inzameling van dameshygiënemiddelen mochten inschrijven en niet met alternatieven zoals bijvoorbeeld papieren zakjes, en dat WUR dat standpunt op 2 mei 2017 opeens heeft verlaten. De voorzieningenrechter is van oordeel dat deze veronderstelling onjuist is. Uit het Programma van Eisen, meer specifiek uit de paragrafen 2.1., 2.3. en 2.6. daarvan, en zeker uit de Nota van Inlichtingen, had [Eiseres] moeten begrijpen dat het de inschrijvers altijd heeft vrijgestaan om op alle onderdelen in te schrijven met de oplossing die zij het meest passend vonden. De antwoorden die WUR in de Nota van Inlichtingen heeft gegeven komen (vrijwel) allemaal neer op het standpunt dat WUR niet de expert is op het gebied van sanitaire producten en diensten en dat het aan de inschrijvers is om met de meest ideale oplossing voor de gevraagde producten en diensten te komen, waarbij WUR geen enkele oplossing bij voorbaat van de hand wijst. Dat specifiek op het onderdeel dameshygiëne ook met andere mogelijkheden dan boxen voor inzameling mocht worden ingeschreven, blijkt ook wel uit de omstandigheid dat in het Programma van Eisen geen minimumeis voor dameshygiëne is opgenomen en uit de antwoorden van WUR in de Nota van Inlichtingen op de vragen 82 en 101, inhoudende dat op dit moment boxen worden gebruikt, zonder daaraan de conclusie te verbinden dat deze boxen in de toekomst zonder meer moeten worden blijven gebruikt en dat het omwisselen daarvan de oplossing zal worden. Dat WUR op 2 mei 2017 een belangrijke wijziging in de inschrijving mogelijk heeft gemaakt, is op basis van deze stelling van [Eiseres] dan ook niet aannemelijk.

4.5. [Eiseres] voert aan dat de stelling dat wél een belangrijke wijziging heeft plaatsgevonden daarnaast kan worden afgeleid uit de omstandigheid dat in de laatste versie van het prijsinvalformulier van 2 mei 2017 een nieuwe vraag aan kolom C van het formulier is toegevoegd, inhoudende "Welke dienst biedt u aan voor dameshygiëne?". Hoewel [Eiseres] aan de toevoeging van deze vraag de conclusie verbindt dat eerst vanaf dat moment ook andere mogelijkheden voor de inzameling van dameshygiëne mochten worden aangeboden, acht de voorzieningenrechter dit niet aannemelijk. Zoals gezegd had het voor de inschrijvers, waaronder [Eiseres], duidelijk moeten zijn dat het hen altijd heeft vrijgestaan in te schrijven met de oplossingen die zij het meest passend vonden. Daaraan doet niet af dat WUR boxen voor inzameling vanaf de uitschrijving van de opdracht als uitgangspunt heeft genomen en waarbij aantekening verdient dat zij boxen ook in de laatste versie van 2 mei 2017 als uitgangspunt heeft gehouden, door de overige kolommen op het prijsinvalformulier ongewijzigd nog altijd (onder meer) de tekst "dameshygiëne, aantal 510" en "aantal wisselingen: 14.123 per jaar" te laten bevatten. Deze aantallen kunnen gelet op de eerdere versies van het prijsinvalformulier en de toelichting daarop uitsluitend zien op het aantal boxen en het aantal wisselingen van deze boxen, zoals dat kennelijk ook op dit moment het geval is. Dit strookt ook met de stelling van WUR dat andere oplossingen voor de inzameling van dameshygiëne dan boxen weliswaar zijn toegestaan, maar niet meer van deze tijd worden geacht en bovendien ter zitting is gebleken dat ook alle inschrijvers met boxen, en niet met bijvoorbeeld relatief goedkope papieren zakjes, hebben ingeschreven. Ook uit deze stelling volgt aldus geen belangrijke wijziging van het prijsinvalformulier, zodat ook deze stelling niet tot staking van de voorlopige gunningsbeslissing en heraanbesteding van de opdracht kan leiden.

4.6. [Eiseres] stelt zich tot slot op het standpunt dat heraanbesteding van de opdracht aangewezen is, omdat WUR heeft gehandeld in strijd met artikel 2.130 Aw. [Eiseres] stelt dat WUR in de voorlopige gunningsbeslissing van 15 mei 2017 niet alle relevante redenen heeft vermeld die hebben geleid tot afwijzing van de inschrijving van [Eiseres], omdat in de afwijzingsbrief van 15 mei 2017 slechts een beperkt aantal redenen voor afwijzing en een zeer summiere motivering daarvan is gegeven en WUR bij brieven van 17 mei 2017 en

31 mei 2017 in strijd met artikel 2.130 Aw daaraan een aantal nieuwe redenen heeft toegevoegd. WUR betwist deze stelling en voert aan dat de redenen voor afwijzing als genoemd in de brief van 15 mei 2017 slechts zijn toegelicht op verzoek van [Eiseres], zodat [Eiseres] niet achteraf kan zeggen dat die toelichting niet was toegestaan en tot heraanbesteding moet leiden. Daarnaast voert WUR aan dat ook indien in latere brieven wel nieuwe redenen voor afwijzing zouden zijn genoemd, dat slechts tot gevolg heeft dat de rechtsbeschermingstermijn van twintig dagen niet vanaf de datum van de eerste brief is begonnen te lopen maar op een latere datum, zodat de vordering ook op basis daarvan dient te worden afgewezen.

4.7. De voorzieningenrechter overweegt als volgt. Artikel 2.130 Aw bepaalt dat de mededeling van de gunningsbeslissing aan iedere betrokken inschrijver de relevante redenen voor die beslissing bevat, waaronder in ieder geval wordt verstaan de kenmerken en relatieve voordelen van de uitgekozen inschrijving alsmede de naam van de begunstigde. Vaststaat dat in de gunningsbeslissing van 15 mei 2017 de naam van de begunstigde staat vermeld, te weten Asito B.V. (hierna: Asito). De redenen voor afwijzing van de inschrijving van [Eiseres] en de motivering van de keuze voor Asito zijn in die brief echter slechts zeer summier weergegeven. Op verzoek van [Eiseres] heeft WUR daarop twee aanvullingen gegeven bij brieven van 17 mei 2017 en 31 mei 2017. Indien veronderstellenderwijs wordt aangenomen dat de gunningsbeslissing van 15 mei 2017 onvoldoende was gemotiveerd en in de brieven van 17 en 31 mei 2017 naast een toelichting op de beslissing nieuwe redenen voor afwijzing zouden staan vermeld, zou dat slechts tot gevolg kunnen hebben dat WUR een volledig nieuwe gunningsbeslissing zou moeten nemen waarin direct een volledige motivering van de genomen beslissing moet zijn opgenomen en waarin dus alle redenen voor afwijzing van de inschrijving van [Eiseres] staan vermeld. Indien WUR daartoe zou worden veroordeeld, is aannemelijk dat zij de brief van 31 mei 2017 opnieuw aan [Eiseres] zou toesturen. Niet in geschil is immers dat in die brief wel uitgebreid staat vermeld waarom de inschrijving van [Eiseres] niet de winnende inschrijving is en dat daarin de inschrijvingen van [Eiseres] en de winnende partij Asito met elkaar worden vergeleken, waarbij gemotiveerd wordt aangegeven waarom de inschrijving van Asito op de verschillende onderdelen beter is beoordeeld. Op basis daarvan is aannemelijk dat deze brief voldoet aan de vereisten van artikel 2.130 Aw, zodat [Eiseres] geen belang heeft bij de ontvangst van een nieuwe gunningsbeslissing met motivering. Deze afdoende motivering heeft zij al in haar bezit. Voor zover [Eiseres] erover klaagt dat haar geen overzicht is geboden in de scores van haarzelf en Asito op de onderdelen kwaliteit geldt het volgende. Uit de toelichting ter zitting van WUR is gebleken dat [Eiseres] meteen op 15 mei 2017 inzage kon nemen in die scores via Negometrix, waarin per onderdeel kwaliteit is aangegeven hoeveel fictieve korting Asito en [Eiseres] hebben gescoord. De enkele omstandigheid dat [Eiseres] in totaal 600% minder heeft gescoord op kwaliteit dan Asito, wettigt niet de conclusie dat de beoordeling zodanig onjuist is dat een heraanbesteding zou moeten plaatsvinden. Nu [Eiseres] overigens geen inhoudelijke verweren heeft gevoerd tegen de beoordeling van haar inschrijving en de juistheid van de daaruit voortgevloeide voorlopige gunningsbeslissing, kan ook deze grondslag niet tot staking van die beslissing en heraanbesteding van de opdracht leiden. Gezien het voorgaande heeft [Eiseres] geen belang bij bekendmaking van de uiteindelijke inschrijfprijs van Asito, die WUR overigens ter zitting wel bekend heeft gemaakt.

4.8. Dit alles leidt tot de slotsom dat de primaire vordering van [Eiseres] zal worden afgewezen. De voorgaande overwegingen bieden voorts ook geen grond voor toewijzing van de subsidiaire vordering van [Eiseres], strekkende tot herbeoordeling van de inschrijvingen. Tegen de juistheid van de thans uitgevoerde beoordeling is immers geen inhoudelijk verweer gevoerd. De meer subsidiaire vordering strekkende tot het treffen van maatregelen die de voorzieningenrechter op zijn plaats acht is te onbepaald om voor toewijzing in aanmerking te komen en ook de nog meer subsidiaire vordering, strekkende tot het aanhouden van de gunningsbeslissing totdat in hoger beroep over de voorliggende kwestie is beslist zal worden afgewezen, nu geen feiten en omstandigheden zijn aangevoerd die een dergelijke (langdurige) schorsing van de aanbestedingsprocedure kunnen rechtvaardigen.

4.9. [Eiseres] zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. Deze kosten worden aan de zijde van WUR tot op heden begroot op:

- griffierecht € 618,00

- salaris advocaat € 816,00

Totaal € 1.434,00

5 De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. wijst de vordering af,

5.2. veroordeelt [Eiseres] tot betaling van de proceskosten, aan de zijde van WUR tot de uitspraak van dit vonnis begroot op € 1.434,00, waarin begrepen € 816,00 aan salaris advocaat,

5.3. verklaart deze kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Noot

Proactief handelen

Van ondernemers wordt in aanbestedingsprocedures een proactieve houding verwacht. Ondernemers die nalaten eventuele bezwaren tegen de door de aanbesteder gestelde eisen en criteria in een zo vroeg mogelijk stadium kenbaar te maken, lopen het risico het recht om daartegen te protesteren te verwerken. Rechtsverwerking is een toepassing van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid.¹ Volgens vaste rechtspraak van de HR is terughoudendheid op haar plaats bij het aannemen van rechtsverwerking.² In geschillen tussen aanbesteders en ondernemers wordt echter veelvuldig met succes een beroep gedaan op rechtsverwerking. Dit komt mede doordat de rechtspraak hoge eisen stelt aan de proactiviteit van ondernemers. Zo oordeelde de voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag al eens dat een ondernemer niet kan 'meeliften' op de bezwaren die andere ondernemers kenbaar hebben gemaakt.³ En de omstandigheid dat de aanbesteder na het publiceren van een nota van inlichtingen geen gelegenheid meer biedt om vragen te stellen, is volgens het Hof Den Haag geen excuus om af te zien van het maken van bezwaar.⁴ Dit hof oordeelde in hetzelfde arrest tevens dat het stellen van vragen niet is gelijk te stellen aan het maken van bezwaar. De aanbesteder dient uit de mededeling van de ondernemer op te kunnen maken, dat de aanbesteding in de ogen van de betreffende ondernemer zodanig gebrekkig is dat deze niet zou moeten worden voortgezet en dat de ondernemer bereid is zijn standpunt in rechte af te dwingen.⁵

De op deze plaats te bespreken uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Gelderland past in deze ontwikkeling. De zaak betrof een mededingingsprocedure met onderhandeling voor het leveren van sanitaire artikelen. De aanbesteder had per abuis de stukprijzen van de zittende leverancier in het ter beschikking gestelde prijsformulier opgenomen. Hoewel de zittende leverancier al voor inschrijving zijn bezwaren tegen openbaarmaking van zijn stukprijzen kenbaar had gemaakt, honoreert de voorzieningenrechter toch het beroep van de aanbesteder op rechtsverwerking in de kortgedingprocedure die de leverancier na de mededeling van de gunningsbeslissing had ingesteld. De leverancier had al voor inschrijving ingestemd met de afwikkeling van zijn schadeclaim door de verzekeraar van de aanbesteder. Dat de leverancier niet gelijktijdig had opgemerkt dat de aanbestedingsprocedure in zijn ogen niet kon worden voortgezet of zich het recht had voorbehouden de geldigheid van de aanbestedingsprocedure in een later stadium ter discussie te stellen, wordt hem zwaar aangerekend. De voorzieningenrechter oordeelt dat de aanbesteder onder de gegeven omstandigheden erop heeft mogen vertrouwen dat hij de aanbestedingsprocedure kon voortzetten zonder het risico te lopen dat de zittende leverancier de geldigheid daarvan in verband met de openbaarmaking van de stukprijzen alsnog ter discussie zou stellen (r.o. 4.3).

De beoordeling van een beroep op rechtsverwerking vergt een waardering van de concrete omstandigheden van het geval. De uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Gelderland betreft een zeer atypische casus. Het zal niet vaak voorkomen dat een aanbesteder al tijdens een aanbestedingsprocedure afspraken maakt met een ondernemer over de afwikkeling van een schadeclaim. Daarom is voorzichtigheid geboden bij het trekken van algemene conclusies uit deze uitspraak. In het licht van de specifieke omstandigheden van het geval valt het oordeel van de voorzieningenrechter in mijn ogen te billijken. Als de zittende leverancier naast schadevergoeding tevens staking van de aanbestedingsprocedure verlangde, lag het inderdaad in de rede dit te melden op het tijdstip waarop hij instemde met de afwikkeling van de kwestie door de verzekeraar van de aanbesteder.

Het gaat naar mijn mening echter te ver om in het algemeen van ondernemers te eisen dat zij bij het maken van bezwaar tevens aangeven welke consequenties zij aan de gestelde schending verbonden willen zien. Indien bijvoorbeeld een ondernemer in de inlichtingenronde bezwaar maakt tegen een gunningscriterium, dan hoeft hij daarbij niet – op straffe van verval van recht om in rechte te protesteren – concreet staking van de aanbestedingsprocedure te eisen. Aanbesteders moeten worden geacht op de hoogte te zijn van de aanbestedingsregels. Indien een aanbesteder na ontvangst van een

bezwaar tot de conclusie komt dat een gunningscriterium onrechtmatig is, behoort hij te beseffen wat hem te doen staat, te weten de aanbesteding intrekken en de opdracht opnieuw aanbesteden.⁶

Conclusie en enkele vuistregels voor de praktijk

De rechtspraak stelt hoge eisen aan de proactiviteit van ondernemers die belangstelling hebben voor een overheidsopdracht. Een ondernemer dient in een zo vroeg mogelijk stadium in niet mis te verstane bewoordingen zijn bezwaar kenbaar te maken. Indien het de aanbesteder, zoals in de hiervoor besproken uitspraak, niet zonder meer duidelijk is of behoort te zijn welke consequentie de ondernemer aan de vermeende schending verbonden wil zien, zal de ondernemer ook dit moeten aangeven.

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

Voetnoten

1

Art. 6:2 lid 2 BW.

2

HR 26 juni 2009, [ECLI:NL:HR:2009:BI0467](#), NJ 2009/309 (gemeente Roermond/Visers-Ploegmakers), r.o. 4.9.

3

Vzr. Rb. Den Haag 25 februari 2014, [ECLI:NL:RBDHA:2014:2966](#), r.o. 4.4; zie ook Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant 29 juli 2015, [ECLI:NL:RBZWB:2015:5028](#), r.o. 4.2.3.-4.2.4. Anders Hof Den Bosch 1 december 2015, [ECLI:NL:GHSHE:2015:4943](#), r.o. 6.15.

4

Vzr. Rb. Den Haag 25 februari 2014, [ECLI:NL:RBDHA:2014:2966](#), r.o. 4.4; zie ook Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant 29 juli 2015, [ECLI:NL:RBZWB:2015:5028](#), r.o. 4.2.3.-4.2.4. Anders Hof Den Bosch 1 december 2015, [ECLI:NL:GHSHE:2015:4943](#), r.o. 6.15.

5

Hof Den Haag 3 november 2015, [ECLI:NL:GHDHA:2015:2944](#), «JAAN» 2015/237, m.nt. Van Heeswijck, r.o. 9. Zie ook Vzr. Rb. Midden-Nederland 13 september 2017, [ECLI:NL:RBMNE:2017:4660](#), r.o. 5.6; Vzr. Rb. Midden-Nederland 12 februari 2016, [ECLI:NL:RBMNE:2016:1480](#), r.o. 4.5.

6

HvJ EG 4 december 2003, C-448/01 (Wienstrom). Aanpassing van het gunningscriterium behoort ook tot de mogelijkheden, indien een rectificatie van de aankondiging plaatsvindt en de termijn voor inschrijving wordt verlengd. Dit komt praktisch bezien neer op heraanbesteding.
