

*Protinus heeft nagelaten het voorgaande verder gemotiveerd te weerspreken. Dat had wel op haar weg gelegen. Nu zij dat heeft nagelaten moet dat voor haar risico blijven. Protinus heeft voorts op geen enkele wijze aannemelijk gemaakt dat SoftwareONE haar inschrijving niet kan waarmaken en zal tekortschieten in de nakoming van de opdracht.*

*Op grond van het voorgaande moet worden geconcludeerd dat de gemeente de inschrijving van SoftwareONE terecht niet als irreëel terzijde heeft gelegd. Met de uitleg die op basis van CAO-norm aan de aanbestedingsstukken moet worden gegeven kan de door Protinus betoogde stelling, inhoudende dat niet met een opslagpercentage van 0% ingeschreven mocht worden, geen stand houden. Uit het feit dat de gemeente het minimum opslagpercentage op 0% heeft gesteld kan een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver immers reeds afleiden dat de kosten van de dienstverlening niet (enkel) uit het aan te bieden opslagpercentage gedekt moesten worden. Bovendien is niet gebleken dat een dergelijke wijze van inschrijven vanuit kostenperspectief niet te verantwoorden is. Ook de subsidiaire vordering van Protinus zal daarom worden afgewezen.*

#### **Beslissing**

*De rechter wijst (in de hoofdzaak) de vorderingen af.*

*de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid*

*PROTINUS IT B.V.,  
gevestigd te Houten,  
eiseres,*

*advocaat: mr. L.C. van den Berg,  
tegen*

*GEMEENTE LELYSTAD,  
zetelend te Lelystad,  
gedaagde,*

*advocaat: mr. T.J. Binder,  
met als tussenkomende partij*

*de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid*

*SOFTWAREONE NETHERLANDS B.V.,  
gevestigd te Amsterdam,  
tussenkomende partij,  
advocaat mr. A. Stellingwerff Beintema.*

*De volledige uitspraak is te raadplegen op [opmaat.sdu.nl](https://opmaat.sdu.nl).*

## 144

### **Botsing aanbestedingsrechtelijke beginselen door onzorgvuldige werkwijze aanbestedende dienst**

Rechtbank Zeeland-West-Brabant  
19 april 2023, C/02/407521 / KG ZA 23-120,  
ECLI:NL:RBZWB:2023:2906

(mr. Römers)

Noot mr. dr. A.J. van Heeswijk

**Bestuursrecht. Gelijkheidsbeginsel. Herbeoordeling. Herstel gebrek. Intrekking gunningbeslissing. Laagste prijs. Transparantiebeginsel. Uniform Europees Aanbestedingsdocument. Vertrouwelijke bedrijfsinformatie. Zorgvuldigheid besluit.**

[Awb art. 3:1 lid 2, art. 3:2]

*De gemeente heeft op 31 juli 2022 een Europese openbare aanbesteding aangekondigd voor het leveren van servers, storage- en netwerkcomponenten, onderhoud en bijbehorende dienstverlening. Het gehanteerde gunningscriterium was de laagste prijs. Dit betekent dat indien partijen voldoen aan de geschiktheidseisen en minimumeisen die gesteld zijn in de aanbestedingsdocumenten, de prijs de doorslag geeft.*

*De gemeente heeft HET IT bij brief van 23 februari 2023 bericht dat zijn inschrijving als ongeldig terzijde wordt gelegd omdat bij de inschrijving het UEA en het uittreksel uit het Handelsregister ontbraken. Het ontbreken van het UEA bij de inschrijving leent zich niet tot herstel, want dat zou leiden tot een nieuwe inschrijving. Vervolgens heeft de gemeente ter overvloed vermeld dat uit de herbeoordeling is gebleken dat gebreken zijn geconstateerd in het prijzenblad en de bewijslast daarvan en dat de inschrijving om die reden terzijde moet worden gelegd.*

*HET IT stelt zich op het standpunt dat de gemeente onzorgvuldig heeft gehandeld. De gemeente heeft bij de eerste beoordeling van de inschrijving van HET IT kennelijk over het hoofd gezien dat daarbij het UEA ontbrak. Vervolgens heeft de gemeente het besluit tot intrekking en herbeoordeling genomen zonder zich in de communicatie*

daarover rekenschap te geven van de verwachtingen die zij wekte en had gewekt. De gemeente heeft niets gesteld over eventuele gebreken in de inschrijving van HET IT of dat daarbij stukken ontbraken. Ook de contactpersoon aanbesteding van de gemeente heeft in een telefonisch contact op 22 december 2022 te kennen gegeven dat hij geen consequenties voor de eindbeoordeling verwachtte omdat er inhoudelijk niets zou wijzigen. HET IT stelt dat hij er daarom gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat de opdracht aan hem zou worden gegund. Bovendien heeft de gemeente geen oog gehad voor de uitzonderlijke situatie die van toepassing was, namelijk dat zij al beschikte over een actueel UEA en een uittreksel uit het handelsregister omdat deze door HET IT waren overlegd bij een inschrijving op een andere aanbesteding van de gemeente die op 15 april 2022 was gepubliceerd.

#### Beoordeling

In art. 5.3 van aanbestedingsdocument heeft de gemeente de beoordelingsprocedure vastgesteld. In de eerste fase wordt beoordeeld of de inschrijving voldoet aan het aanbestedingsdocument. Uit de mededelingen van de gemeente volgt dat de eerste fase is overgeslagen en de inschrijvingen meteen zijn getoetst aan de laagste prijs. De gemeente heeft hierdoor gehandeld in strijd met het gelijkheids- en transparantiebeginsel. De gemeente heeft zich niet gehouden aan de door zelf opgestelde beoordelingscriteria in het aanbestedingsdocument, waardoor een objectieve vergelijking van de inschrijvingen niet meteen heeft plaatsgevonden. Dit is ook een schending van het formele zorgvuldigheidsbeginsel van art. 3:2 Awb, dat op grond van art. 3:1 lid 2 Awb van toepassing is. De voorlopige gunningsbeslissingen aan de inschrijvers zijn hierdoor immers niet zorgvuldig voorbereid.

Door de werkwijze van de gemeente doet zich een botsing tussen de verschillende beginselen voor. Het is aannemelijk dat HET IT een ongeldige inschrijving heeft gedaan door het UEA en het uittreksel uit het handelsregister niet bij de inschrijving te voegen. Dan zou het gelijkheidsbeginsel ten gunste van Centralpoint vereisen dat die ongeldige inschrijving alsnog ter zijde moet worden gelegd. Doorgaans komt in het aanbestedingsrecht doorslaggevende betekenis toe aan de toepassing van het gelijkheidsbeginsel. Maar dan gaat het niet om situaties als deze. Vanwege de

onzorgvuldigheid van de gemeente, en het daarmee gepaard gaande fundamentele gebrek in de aanbestedingsprocedure, eist het zorgvuldigheidsbeginsel dat de procedure wordt gestaakt. Als de gemeente de opdracht alsnog wil gunnen zal de opdracht andermaal in de markt moeten worden gezet.

Ten overvloede overweegt de rechter nog het volgende. In de aanloop naar deze procedure heeft de gemeente stukken uit de inschrijving van HET IT als producties ook op voorhand verzonden aan Centralpoint. Volgens HET IT was sprake van bedrijfsvertrouwelijke informatie en is die onrechtmatig aan Centralpoint verstrekt. Met inachtneming van dit voldongen feit hebben Centralpoint en HET IT afgesproken dat Centralpoint de betreffende stukken vernietigt en dit aan HET IT bevestigt. De rechter wijst de gemeente met name ECLI:EU:C:2021:700, ro. 126.

#### Conclusie

De rechter wijst de primaire en subsidiaire vordering van HET IT niet toe. De meer subsidiaire vordering van HET IT zal worden toegewezen. Ook wordt de gemeente veroordeeld het gunningsvoornemen van 23 februari 2023 in te trekken. De vorderingen van Centralpoint worden afgewezen.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

HET IT B.V.,  
gevestigd te Amsterdam,  
eiseres in de hoofdzaak,  
verweerster in het incident,  
hierna te noemen: HET IT,  
advocaat mr. M.Ch. Pinto,  
tegen  
de publiekrechtelijke rechtspersoon  
GEMEENTE TILBURG,  
zetelend te Tilburg,  
gedaagde in de hoofdzaak,  
verweerster in het incident,  
hierna te noemen: de Gemeente,  
advocaat mr. I. Ottevangers,  
en

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

CENTRALPOINT B.V.,  
gevestigd te Nijmegen,  
eiseres in het incident,  
verweerster in de hoofdzaak,  
hierna te noemen Centralpoint,

advocaat: mr. drs F.J.J. Cornelissen.

### 1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 17 maart 2022 met producties 1 t/m 12 en 15 (producties 13,14 en 16 zijn ingetrokken bij brief van 29 maart 2023),
- de op 3 april 2023 ontvangen productie 17 van de zijde van HET IT,
- de incidentele conclusie tot tussenkomst, subsidiair voeging, tevens houdende conclusie en eis in hoofdzaak,
- de akte overlegging producties 1 t/m 6 van de Gemeente,
- de brief van mr. Pinto van 3 april 2023,
- de mondelinge behandeling op 5 april 2023,
- de pleitnota van HET IT,
- de pleitnota van de Gemeente,
- de pleitnota van Centralpoint.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

### 2. De feiten

- De Gemeente heeft op 31 juli 2022 een Europese openbare aanbesteding aangekondigd voor het leveren van servers, storage- en netwerkcomponenten, onderhoud en bijbehorende dienstverlening. Omdat door alle inschrijvers dezelfde apparatuur geleverd moest kunnen worden, was het gunningscriterium de laagste prijs. Dit betekent dat indien partijen voldoen aan de geschiktheidseisen en minimumeisen die gesteld zijn in de aanbestedingsdocumenten, de prijs de doorslag geeft.
- In totaal waren er 3 inschrijvingen, waaronder HET IT en Centralpoint.
- Bij brief van 2 december 2022 heeft de Gemeente HET IT bericht dat zij de economisch meest voordelige inschrijving heeft gedaan en dat zij voornemens is de opdracht aan HET IT te gunnen.
- De Gemeente heeft bij brief van 22 december 2022 aan HET IT als volgt bericht: “(...) *de gemeente heeft geconstateerd dat de beoordeling van de inschrijvingen niet volledig is geweest. Naar aanleiding hiervan heeft de gemeente besloten de beoordeling van de inschrijvingen nogmaals te toetsen. Dit kan betekenen dat de gemeente -waar passend- als nog verificatievragen kan stellen en/of een herstelkans kan bieden bij eventuele gebreken die zich daartoe lenen. Gelet op het voorgaande ziet de gemeente Tilburg zich he-*

*laas genoodzaakt om de gunningsbeslissingen van 2 december jl. in te trekken en over te gaan tot herbeoordeling van de ontvangen inschrijvingen (...)*”

- De Gemeente heeft HET IT bij brief van 23 februari 2023 bericht dat haar inschrijving als ongeldig terzijde wordt gelegd omdat bij de inschrijving het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA) en het uittreksel uit het Handelsregister ontbreken en het ontbreken van het UEA bij de inschrijving zich niet leent voor herstel, want dat zou leiden tot een nieuwe inschrijving. Vervolgens heeft de Gemeente ten overvloede vermeld dat uit de herbeoordeling is gebleken dat gebreken zijn geconstateerd in het prijzenblad en de bewijslast daarvan en dat de inschrijving ook om die reden terzijde gelegd moet worden.
- HET IT heeft op 2 maart 2023 de Gemeente bericht dat zij zich niet kan verenigen met een terzijdelegging van haar inschrijving. De Gemeente heeft HET IT hierop bericht dat zij geen aanleiding ziet om haar laatste gunningsbeslissing te herzien maar dat zij graag met HET IT in gesprek wil gaan. Dit gesprek heeft plaatsgevonden op 14 maart 2023. Partijen hebben daarin hun standpunten gehandhaafd.

### 3. Het geschil

*in de hoofdzaak*

3.1. HET IT vordert als voorlopige voorziening:

*primair*

(1) De Gemeente te verbieden de opdracht ‘servers, storage- en netwerkcomponenten’ te gunnen aan een ander dan HET IT,

*subsidiair*

(1) De Gemeente te gebieden over te gaan tot herbeoordeling van de ontvangen inschrijvingen in de aanbestedingsprocedure ‘servers, storage- en netwerkcomponenten’, met inachtneming van het in dezen te wijzen vonnis,

*meer subsidiair*

(1) De Gemeente te gebieden de aanbestedingsprocedure ‘servers, storage- en netwerkcomponenten’ te staken en gestaakt te houden en -voor zover zij deze opdracht nog wenst te gunnen- de opdracht opnieuw aan te besteden in wezenlijk gewijzigde vorm,

*primair en subsidiair*

(1) De Gemeente te gebieden het nieuwe gunningsvoornemen van 23 februari 2023 in de aan-

besteding 'servers, storage- en netwerkcomponenten' in te trekken,

(2) Iedere andere passende voorziening te treffen die de voorzieningenrechter geraden acht,

(3) De Gemeente te veroordelen in de kosten van de procedure en de nakosten.

*in het incident*

3.2. Centralpoint heeft bij incidentele conclusie gevorderd primair haar toe te staan tussen te komen in de onderhavige procedure dan wel subsidiair zich te voegen aan de zijde van de Gemeente. Indien het verzoek wordt toegewezen vordert Centralpoint in de hoofdzak onvoorwaardelijk:

I. HET IT niet-ontvankelijk te verklaren in haar vorderingen, althans haar vorderingen af te wijzen;

II. de door HET IT gevorderde uitvoerbaarheid bij voorraad te onthouden aan de voorzieningen die HET IT vordert in het petitum van haar dagvaarding onder 2,3,4, en 5,

III. de Gemeente te gebieden om de opdracht definitief te gunnen aan Centralpoint, althans de Gemeente te verbieden om de opdracht te gunnen aan een ander dan Centralpoint,

IV. HET IT te gebieden te gehengen en te gedogen dat de opdracht definitief aan Centralpoint wordt gegund,

voorwaardelijk:

in het geval dat de vordering 1 van het petitum van de dagvaarding van HET IT wordt toegewezen:

de Gemeente te verbieden de opdracht 'servers, storage- en netwerkcomponenten' te gunnen aan HET IT.

in alle gevallen: HET IT te veroordelen in de kosten van deze procedure, te vermeerderen met de wettelijke rente met ingang van de vijftiende dag na het vonnis tot aan de dag der algehele betaling, te vermeerderen met de nakosten en de verdere kosten van betekening en executie.

3.3. HET IT en de Gemeente hebben geen bezwaar gemaakt tegen de tussenkomst.

3.4. De voorzieningenrechter heeft de verzochte tussenkomst toegestaan. Centralpoint heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat zij een zelfstandig vorderingsrecht pretendeert te hebben op de Gemeente en dat zij er belang bij heeft om benadeling of verlies van een recht te voorkomen. Niet gebleken is dat het verzoek tot tussenkomst aan de vereiste spoed bij dit kort geding en de goede procesorde in het algemeen in de weg staat. De proceskosten in het incident worden aldus ge-

compenseerd, dat iedere partij de eigen kosten draagt.

3.5. HET IT heeft tijdens de mondelinge behandeling de onder 6.1. van haar pleitnota vermelde eis tegen Centralpoint ingetrokken nadat Centralpoint heeft verklaard dat de bij haar in bezit zijnde producties 3, 5 en 6 van de Gemeente zullen worden vernietigd en dat een bericht van de vernietiging door Mr. Cornelissen aan mr. Pinto zal worden gestuurd.

*standpunt van partijen in de hoofdzak*

3.6. HET IT stelt zich op het standpunt dat de Gemeente jegens haar onzorgvuldig heeft gehandeld. Zij voert daartoe het volgende aan.

De Gemeente heeft bij haar eerste beoordeling van de inschrijving van HET IT kennelijk over het hoofd gezien dat daarbij het UEA ontbrak. Vervolgens heeft de Gemeente het besluit tot intrekking en herbeoordeling genomen zonder zich in de communicatie daarover rekenschap te geven van de verwachtingen die zij wekte en had gewekt. De Gemeente had namelijk de indruk gewekt dat het besluit tot intrekking van de gunningsbeslissing en herbeoordeling een formaliteit betrof. Zij heeft niets gesteld over eventuele gebreken in de inschrijving van HET IT of dat daarbij stukken ontbraken. Ook de contactpersoon aanbesteding van de Gemeente heeft in een telefonisch contact op 22 december 2022 te kennen gegeven dat hij geen consequenties voor de eindbeoordeling verwachtte omdat er inhoudelijk niets zou wijzigen. HET IT mocht er daarom gerechtvaardigd op vertrouwen dat de opdracht aan haar zou worden gegund. De Gemeente had het belang van HET IT bij gunning moeten afwegen tegen de belangen van de overige inschrijvers. Bovendien heeft de Gemeente geen oog gehad voor de uitzonderlijke situatie die van toepassing was, namelijk dat zij al beschikte over een actueel UEA en een uittreksel uit het handelsregister van HET IT, omdat deze door HET IT waren overgelegd bij een inschrijving op een andere aanbesteding van de Gemeente die op 15 april 2022 was gepubliceerd.

3.7. De Gemeente heeft geconcludeerd tot afwijzing van de vorderingen van HET IT, met veroordeling van HET IT in de kosten van dit geding. Samengevat is het verweer als volgt. De Gemeente heeft aanvankelijk niet de juiste (voorlopige) gunningsbeslissing genomen. Zij heeft juist zorgvuldig gehandeld door de fout te herstellen. Zij was daartoe ook verplicht gelet op het transparantiebeginsel en gelijkheidsbeginsel. Bij de herbeoor-

deling zijn de inschrijvingen zowel op de geschiktheidseisen als op de minimumeisen en de prijzenbladen beoordeeld. De Gemeente heeft daarbij de regels op de juiste wijze toegepast. Bij de herbeoordeling is het inschrijvingsgebrek van HET IT geconstateerd. Het inschrijvingsgebrek was onherstelbaar en de opgelegde maatregel, de uitsluiting, was proportioneel. Als HET IT in de gelegenheid was gesteld om alsnog het ingevulde UEA te overleggen zou dit leiden tot een nieuwe inschrijving. Daardoor zou HET IT bevooroordeeld worden ten opzichte van andere inschrijvers en zou dat een schending van het gelijkheidsbeginsel betekenen. HET IT is door het herstel van de fout door de Gemeente niet in haar belangen geschaad. Als de Gemeente immers direct had geconstateerd dat de inschrijving incompleet was, dan was haar inschrijving meteen ongeldig verklaard en verkeerde zij in dezelfde toestand als nu het geval is. HET IT heeft zelf nagelaten een complete inschrijving te doen en heeft dus aan zichzelf te wijten dat de inschrijving ongeldig is verklaard. De Gemeente mag geen informatie gebruiken die in een andere aanbestedingsprocedure is overgelegd, indien bij de inschrijving de bevestiging van de inschrijver dat die gegevens nog steeds correct zijn ontbreekt, zoals hier het geval is. HET IT kon er niet gerechtvaardigd op vertrouwen dat zij de opdracht zou krijgen: met het intrekken van de gunningsbeslissing (waartegen geen bezwaar is gemaakt) had zij moeten weten dat de kans bestond dat er niet aan haar zou worden gegund. De contactpersoon aanbesteding van de Gemeente heeft op geen enkele manier de suggestie gewekt dat herbeoordeling niet tot een inhoudelijke wijziging van de gunningsbeslissing zou leiden. Indien en voor zover er wel enig vertrouwen aan de zijde van HET IT mocht zijn ontstaan moet dit wijken voor de gelijke behandeling van inschrijvers.

3.8. Centralpoint heeft een met de Gemeente vergelijkbaar standpunt.

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

#### 4. De beoordeling

4.1. De voorzieningenrechter heeft op de zitting aan (de vertegenwoordigers van) de Gemeente gevraagd hoe de beoordeling van de inschrijvingen heeft plaatsgevonden. De Gemeente heeft daarop geantwoord, dat er 'te snel is gekeken naar wat de prijzen zijn' en dat 'men onderling heeft

gedacht dat een ander de formele eisen heeft beoordeeld'. Kortom: de inschrijvingen zijn in essentie alleen beoordeeld op de laagste prijs. Ook heeft de Gemeente geantwoord, dat op de laatste dag van de bezwaartermijn een inschrijver de vraag heeft gesteld 'of alle prijzen goed zijn nagekeken en of die gericht waren op 8 licenties'. Dit is voor de Gemeente aanleiding geweest om tot een herbeoordeling over te gaan.

4.2. In artikel 5.3 van aanbestedingsdocument heeft de Gemeente de beoordelingsprocedure vastgesteld. Deze bestaat uit twee fases. In de eerste fase wordt beoordeeld of de inschrijving voldoet aan het aanbestedingsdocument. Daarbij gaat het onder andere om de vraag of de inschrijving geldig is, en of de inschrijving voldoet aan de eisen en voorwaarden in het aanbestedingsdocument, zoals hier het aantal gevraagde licenties. Als de inschrijving daaraan voldoet, wordt de inschrijving in de tweede fase gewaardeerd op basis van de gunningcriteria. Dat is hier de laagste prijs.

4.3. Uit de mededelingen van de Gemeente volgt dat zij de eerste fase heeft overgeslagen en de inschrijvingen meteen heeft getoetst aan de laagste prijs. De Gemeente heeft hierdoor gehandeld in strijd met het gelijkheids- en transparantiebeginsel. Zij heeft zich immers niet gehouden aan de door haarzelf opgestelde beoordelingscriteria in het aanbestedingsdocument, waardoor een objectieve vergelijking van de inschrijvingen niet meteen heeft plaatsgevonden. Dit is ook een schending van het formele zorgvuldigheidsbeginsel van artikel 3:2 van de Awb, dat op grond van artikel 3:1 lid 2 Awb van toepassing is. De voorlopige gunningsbeslissingen aan de inschrijvers zijn hierdoor immers niet zorgvuldig voorbereid.

4.4. Het niet toetsen van de inschrijvingen aan de eerste fase is een ernstige onzorgvuldigheid en daarmee een fundamenteel gebrek in de aanbestedingsprocedure. Het wekt de schijn van favoritisme en willekeur. Bovendien neemt de Gemeente hiermee het aanzienlijke risico, dat voorlopige gunningsbeslissingen geen stand kunnen houden. Daarmee wordt onvoldoende recht gedaan aan de belangen van alle inschrijvers, daaronder begrepen zij die niet zijn opgekomen tegen een negatieve gunningsbeslissing, die ervan mogen uitgaan dat alle inschrijvingen ook aan de eerste fase zijn getoetst.

4.5. Door de werkwijze van de Gemeente doet zich een botsing tussen de verschillende beginselen voor (zie ook ECLI:NL:RBSGR:2009:BK0583).

Het is aannemelijk dat HET IT een ongeldige inschrijving heeft gedaan door het UEA en het uittreksel uit het handelsregister niet bij de inschrijving te voegen. Dan zou het gelijkheidsbeginsel ten gunste van Centralpoint verzeiden dat die ongeldige inschrijving alsnog ter zijde moet worden gelegd. Doorgaans komt in het aanbestedingsrecht doorslaggevend betekenis toe aan de toepassing van het gelijkheidsbeginsel. Maar dan gaat het niet om situaties als deze. Vanwege de in overweging 4.4 genoemde omstandigheden eist het zorgvuldigheidsbeginsel dat de procedure wordt gestaakt. Als de Gemeente de opdracht alsnog wil gunnen zal zij de opdracht andermaal in de markt moeten zetten.

4.6. Uit het voorgaande volgt dat de primaire en subsidiaire vordering van HET IT niet toewijsbaar zijn. De meer subsidiaire vordering van HET IT zal worden toegewezen als hierna. Ook zal de Gemeente worden geboden het gunningvoornemen van 23 februari 2023 in te trekken. De vorderingen van Centralpoint worden afgewezen.

4.7. Ten overvloede overweegt de voorzieningenrechter nog het volgende. In de aanloop naar deze procedure heeft de Gemeente stukken uit de inschrijving van HET IT als producties ook op voorhand toegezonden aan Centralpoint. Volgens HET IT was sprake van bedrijfsvertrouwelijke informatie en is die onrechtmatig aan Centralpoint verstrekt. Met inachtneming van dit voldongen feit hebben Centralpoint en HET IT afgesproken dat Centralpoint de betreffende stukken vernietigt en dit aan HET IT bevestigt. De voorzieningenrechter wijst de Gemeente met name op overweging 126 van het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 7 september 2021, ECLI:EU:C:2021:700 ('Klaipėdos'): *"Tot slot moet worden opgemerkt dat de aanbestedende dienst hoe dan ook gehouden is om de betrokken ondernemer tijdig op de hoogte te stellen van zijn besluit om informatie die deze ondernemer als vertrouwelijk aanmerkt mee te delen aan een van zijn concurrenten, voordat deze dienst tot uitvoering ervan overgaat, zodat deze ondernemer de aanbestedende dienst of de bevoegde nationale rechter kan verzoeken om voorlopige maatregelen zoals bedoeld in artikel 2, lid 1, onder a), van richtlijn 89/665, en zo kan voorkomen dat hij onherstelbare schade lijdt."*

4.8. De Gemeente zal in de hoofdzaak als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij in de pro-

ceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van HET IT worden begroot op:

- dagvaarding € 110,01
- griffierecht € 676,00
- salaris advocaat € 1.079,00

Totaal € 1.865,01

4.9. De gevorderde veroordeling in de nakosten is in het kader van deze procedure slechts toewijsbaar voor zover deze kosten op dit moment reeds kunnen worden begroot. De nakosten zullen dan ook worden toegewezen op de wijze zoals in de beslissing vermeld.

4.10. Centralpoint moet in haar verhouding tot de Gemeente en HET IT worden aangemerkt als de in het ongelijk gestelde partij. Deze kosten worden begroot op nihil, nu niet is gebleken dat de Gemeente en HET IT als gevolg van de vorderingen van Centralpoint extra kosten hebben moeten maken.

### 5. De beslissing

De voorzieningenrechter  
*in het incident*

5.1. laat Centralpoint toe als tussenkomende partij;

5.2. compenseert de proceskosten aldus, dat iedere partij de eigen kosten draagt;

*in de hoofdzaak*

5.3. wijst de vorderingen van Centralpoint af;

5.4. gebiedt de Gemeente de aanbestedingsprocedure van de opdracht 'servers, storage- en netwerkcomponenten' te staken en gestaakt te houden en – voor zover zij deze opdracht nog wenst te gunnen – de opdracht opnieuw aan te besteden;

5.5. gebiedt de Gemeente het nieuwe gunningsvoornemen van 23 februari 2023 in te trekken;

5.6. veroordeelt de Gemeente in de proceskosten, aan de zijde van HET IT gevallen en tot op heden begroot op € 1.865,01;

5.7. veroordeelt de Gemeente in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 173 aan salaris advocaat, te vermeerderen, onder de voorwaarde dat de Gemeente niet binnen 14 dagen na inschrijving aan het vonnis heeft voldaan en er vervolgens betekening van de uitspraak heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 90 aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van de uitspraak,

5.8. veroordeelt Centralpoint in de proceskosten, aan de zijde van de Gemeente en HET IT gevallen en tot op heden begroot op nihil,

5.9. verklaart de onderdelen 5.4 tot en met 5.8 van dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad;  
5.10. wijst af hetgeen meer of anders door HET IT is gevorderd.

## NOOT

### Samenloop van aanbestedingsrechtelijke beginselen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur

Deze zaak gaat over de samenloop van de aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijke behandeling en transparantie en het zorgvuldigheidsbeginsel, een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, bij de beoordeling van inschrijvingen op een aanbesteding.

Bij een aanbesteding wordt de rechtsverhouding tussen ondernemers en de aanbestedende dienst in de eerste plaats beheerst door de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht, in het bijzonder de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie, transparantie en proportionaliteit. Aanbestedende diensten waarvan de organen bestuursorganen in de zin van artikel 1:1 lid 1 onderdeel a Awb zijn, zijn daarnaast krachtens de schakelbepalingen van artikel 3:14 BW en artikel 3:1 lid 2 Awb gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.<sup>1</sup>

In sommige gevallen komt aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur aanvullende werking toe. Het HvJ EU heeft in zijn rechtspraak benadrukt dat uit de Europese regelgeving geen plicht voortvloeit voor de aanbestedende dienst om bij het constateren van een gebrek in een inschrijving contact op te nemen met de betrokken inschrijver.<sup>2</sup> Het bieden van een herstelmogelijkheid is op grond van de aanbestedingsregels dus in principe een bevoegdheid van de aanbestedende dienst.<sup>3</sup> Volgens de voorzieningenrechter

van de rechtbank Midden-Nederland verlangt het zorgvuldigheidsbeginsel echter dat de aanbestedende dienst nagaat of de materiële inhoud van de inschrijving waaraan een vormfout kleef aan de eisen voldoet en of die vormfout zich voor herstel leent. Wanneer de beginselen van gelijke behandeling en transparantie niet in de weg staan aan het bieden van een herstelmogelijkheid, kan uit het zorgvuldigheidsbeginsel voortvloeien dat de aanbestedende dienst bij een inschrijver navraag moet doen en/of gelegenheid moet bieden voor aanvulling, verduidelijking en/of verbetering, binnen de perken van de aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijkheid en transparantie.<sup>4</sup>

De samenloop van algemene beginselen van behoorlijk bestuur met de aanbestedingsrechtelijke beginselen kan ook tot een botsing leiden. Hiervan is sprake als de toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur enerzijds en de aanbestedingsrechtelijke beginselen anderzijds de aanbestedende dienst tot verschillende handelwijzen dwingt. Vooral het vertrouwensbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur lijkt moeilijk te verzoenen met de aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijke behandeling en transparantie, zo blijkt uit de rechtspraak. Het vertrouwensbeginsel is herhaaldelijk in stelling gebracht in situaties waarin de aanbestedende dienst terugkwam van een in een eerder stadium geboden herstelmogelijkheid en de betrokken inschrijver alsnog vanwege een gebrek in de inschrijving van deelneming van de aanbestedingsprocedure uitsloot. Het gelijkheidsbeginsel dwingt de aanbestedende dienst de inschrijving in een dergelijke situatie als ongeldig af te wijzen, terwijl het vertrouwensbeginsel ertoe noopt de inschrijving in de beoordeling te betrekken. De heersende opvatting is dat het aanbestedingsrechtelijke beginsel van gelijke behandeling prevaleert boven het vertrouwensbe-

1 HR 24 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0582, NJ 1993/232 (provincie Zeeland/Hoondert), r.o. 3.3.

2 HvJ EU 29 maart 2012, C-599/10, ECLI:EU:C:2012:191 (SAG ELV Slovensko), r.o. 38.

3 Zie voor een uitzondering HvJ EU 2 juni 2016, C-27/15, ECLI:EU:C:2016:404 (Pippo Pizzo), waarin op grond van het evenredigheidsbeginsel een verplichting tot het bieden van een herstelmogelijkheid lijkt te worden aangenomen voor een bijzonder geval (verplichting tot verstrekken van bepaalde gegevens

volgt enkel uit de uitleg in nationale rechtspraak van de wet).

4 V.zr. Rb. Midden-Nederland 10 februari 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:504, r.o. 3.5-3.7. Gevolgd door V.zr. Rb. Limburg 25 mei 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:4312, «JAAN» 2021/59, m.nt. Van Limpt.

ginsel.<sup>5</sup> Een enkele keer wordt van dit uitgangspunt afgeweken.<sup>6</sup> In de hierboven opgenomen zaak had de aanbestedende dienst in strijd met de in de aanbestedingsstukken beschreven beoordelingsprocedure de inschrijvingen direct beoordeeld aan de hand van het gunningscriterium. Hij had verzuimd de inschrijvingen eerst op – kort gezegd – geldigheid te beoordelen. Volgens de voorzieningenrechter is die handelwijze in strijd met zowel het aanbestedingsrechtelijke beginsel van gelijke behandeling als met het formele zorgvuldigheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur (r.o. 4.3.). Tegelijkertijd constateert hij een botsing tussen die beginselen. Het gelijkheidsbeginsel zou vereisen dat de ongeldige inschrijving alsnog terzijde wordt gelegd, terwijl het zorgvuldigheidsbeginsel staking van de aanbestedingsprocedure zou vereisen (r.o. 4.5.).<sup>7</sup> De voorzieningenrechter overweegt – in lijn met vaste rechtspraak – dat in het aanbestedingsrecht doorgaans aan het gelijkheidsbeginsel doorslaggevende betekenis toekomt, maar laat in dit geval het zorgvuldigheidsbeginsel prevaleren.

Ik heb bedenkingen bij de uitspraak. De voorzieningenrechter overweegt naar mijn mening terecht dat het afwijken van de in de aanbestedingsstukken beschreven beoordelingsprocedure in strijd is met zowel het beginsel van gelijke behandeling als het zorgvuldigheidsbeginsel. In zoverre is dus in elk geval geen sprake van een botsing tussen die beginselen. Onduidelijk is waarom het zorgvuldigheidsbeginsel tot een andere sanctie dan het beginsel van gelijke behandeling zou nopen. Het afwijken van de beoordelingsprocedure is naar het oordeel van de voorzieningenrechter een “ernstige onzorgvuldigheid en daarmee een fundamenteel gebrek in

de aanbestedingsprocedure” (r.o. 4.4). De schending van het aanbestedingsrechtelijke beginsel van gelijke behandeling is naar mijn mening echter niet minder ernstig, maar die schending noopt volgens de voorzieningenrechter blijkbaar niet tot het staken van de aanbestedingsprocedure, maar tot het alsnog terzijdeleggen van de ongeldige inschrijving. De ernst van de schending van beide beginselen kan naar mijn mening de botsing in elk geval niet verklaren.

Een voorlopige maatregel in kort geding is gericht op ongedaanmaking van de geconstateerde schending.<sup>8</sup> Niet meer en niet minder. In dit geval had de geconstateerde schending ongedaan kunnen worden gemaakt door de inschrijvingen opnieuw, met inachtneming van de in de aanbestedingsstukken beschreven beoordelingsprocedure, te beoordelen. Door de aanbestedende dienst in plaats daarvan te bevelen de aanbestedingsprocedure te staken wordt naar mijn mening het kind met het badwater weggegooid.

#### Conclusie en enkele vuistregels voor de praktijk

Wanneer de organen van de aanbestedende dienst bestuursorganen als bedoeld in art. 1:1 lid sub a Awb zijn, zijn op een aanbestedingsprocedure naast de aanbestedingsrechtelijke beginselen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing. Dit kan tot een botsing leiden, namelijk wanneer die beginselen de aanbestedende dienst tot verschillende, niet met elkaar te verenigen handelwijzen dwingt. In dat geval geldt als uitgangspunt dat de aanbestedingsrechtelijke beginselen prevaleren. Wanneer de handelwijze van de aanbestedende dienst in strijd is met zowel aanbestedingsrechtelijke beginselen als algemene beginselen van behoorlijk bestuur hoeft van een botsing geen sprake te zijn. De betreffende beginselen zouden in dat geval ook niet tot een verschillende uitkomst moeten leiden. Bij het bepalen van de aan de aanbestedende dienst op te leggen voorlopige

5 Vzr. Rb. Den Haag 13 juli 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:6853, r.o. 4.6-4.7; Vzr. Rb. Gelderland 25 maart 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:2406; Vzr. Rb. Noord-Holland 15 december 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:10304, r.o. 4.7; Vzr. Rb. Den Haag 20 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:6204, r.o. 3.8. Zie ook Vzr. Rb. Amsterdam 26 juli 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:4830, r.o. 4.10.

6 Vzr. Rb. Den Haag 24 augustus 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:11209, «JAAN» 2016/233, m.nt. Mutsaers r.o. 4.3.

7 De Vzr. verwijst daarbij naar Vzr. Rb. Den Haag 1 oktober 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BK0583.

8 Art. 2 lid 1 sub a Richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december klassieke sectoren 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 (PbEG 1989, L 395/33), ingrijpend gewijzigd bij Richtlijn 2007/66/EG (PbEU 2007, L 335/31).



maatregel zou enkel de vraag centraal moeten staan hoe de geconstateerde schending ongedaan is te maken.

mr. dr. A.J. van Heeswijck  
advocaat bij Van Heeswijck Aanbestedingsadvocaat

## 145

### ICT-beheerder niet schadeplichtig na foutieve handelingen van medewerkers van de gemeente

Rechtbank Overijssel zp Almelo  
10 mei 2023, C/08/ 279512 / HA ZA 22/115,  
ECLI:NL:RBOVE:2023:1731  
(mrs. K.J. Haarhuis, T.J. Thurlings-Rassa,  
S.J. de Moel)

Noot mr. C.G.A.J. van Seeters, mr. O. Schalk

**CAO-norm. Onrechtmatige daad. Schadevergoeding. Scope van de opdracht. Transparantiebeginsel. Uitleg aanbestedingsstukken. Uitleg overeenkomst.**

[BW art. 6:162]

*Op 1 december 2020 heeft bij de gemeente een cyberaanval plaatsgevonden, waarvoor zij bedrijf 1 verantwoordelijk houdt. De gemeente meent dat bedrijf 1 is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen uit hoofde van de overeenkomst van partijen, althans haar zorgplicht als ICT-beheerder heeft geschonden, althans onrechtmatig heeft gehandeld en vordert daarom dat bedrijf 1 wordt veroordeeld tot terugbetaling van een deel van de vergoeding voor haar werk en tot betaling van schadevergoeding. Voor een volledig overzicht van de feiten zij verwezen naar het tussenvonnis van 13 juli 2022.*

#### Beoordeling

##### Inhoud overeenkomst

*Eerst dient te worden vastgesteld welke verplichtingen bedrijf 1 jegens de gemeente op grond van de overeenkomst van opdracht op zich heeft genomen. In dit geval is sprake van een Europese aanbesteding voor de uitbesteding van systeembeheer en aanverwante ICT-beheerdienstverle-*

*ning. De rechtbank stelt voorop dat op grond van het transparantiebeginsel op de aanbestedende dienst de verplichting rust om alle voorwaarden en modaliteiten in het kader van de aanbestedingsprocedure op een zodanig duidelijk, precieze en ondubbelzinnige wijze te formuleren dat alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en die op dezelfde manier interpreteren. Daarbij moeten de bepalingen van de aanbestedingsstukken, binnen de grenzen van het transparantiebeginsel, worden uitgelegd aan de hand van de zogenaamde CAO-norm, waarbij de bevoordingen van die bepalingen, gelezen in het licht van de gehele tekst van de aanbestedingsstukken, in beginsel van doorslaggevende betekenis zijn.*

*Op basis van de aanbestedingsstukken rustte op bedrijf 1 de taak het systeembeheer en aanverwante ICT-beheerdienstverlening van de gemeente te verzorgen. Het beheer van externe netwerkverbindingen en de netwerkkapparatuur hiervoor van de betreffende netwerkleveranciers viel buiten de scope van de dienstverlening. De realisatie van een structurele voorziening voor externe uitwijk viel optioneel binnen de scope van de dienstverlening. Uit de aanbestedingsstukken blijkt verder dat op bedrijf 1 de verplichting rustte tot functionele monitoring, dat wil zeggen het monitoren van de door bedrijf 1 beheerde objecten op beschikbaarheid, capaciteit en performance, en niet tot security monitoring, dat wil zeggen het monitoren op beveiligingsincidenten. Met betrekking tot de beveiliging geldt echter dat het wel tot de taak van bedrijf 1 behoorde de aanwezigheid van beveiligingen in het netwerk (zoals een adequate firewall) te waarborgen, maar niet om eventuele beveiligingsincidenten te monitoren. Partijen zijn het er ook over eens dat het opstellen van het wachtwoordbeleid in verband met de toegang tot accounts de verantwoordelijkheid van de gemeente was.*

##### Gestelde niet-nakoming overeenkomst

*Het voornaamste verwijt dat de gemeente bedrijf 1 maakt, is dat zij (ondanks de tools die zij had) signalen, die wezen op een cyberaanval en die zij ook in geval van functionele monitoring zou moeten hebben gezien, heeft gemist. Daarbij is gesteld dat de contractuele verplichtingen van bedrijf 1 er nu juiste op waren gericht om signalen*