

keuringsvoorbehoud. De grief faalt. De raad is als orgaan van de gemeente bij het uitoefenen van zijn goedkeuringsbevoegdheid ook gebonden aan het gelijkheidsbeginsel, zoals dat voor verkoop van de gemeentegrond is uitgewerkt in het Didam-arrest. De raad kon daarom niet zonder schending van het gelijkheidsbeginsel goedkeuring onthouden aan de koopovereenkomst met de hoogste bieder en het college verzoeken of opdragen de koopovereenkomst met de bewoner te sluiten. Er waren immers vooraf geen objectieve, toetsbare en redelijke criteria vastgesteld op grond waarvan de raad kon beslissen dat de kavel moest worden gegund aan de bewoner, die bovendien niet op eigen initiatief een bod heeft uitgebracht in de openbare inschrijvingsprocedure. Bovendien is onduidelijk gebleven op welke gronden de kavel is gegund aan de bewoner. In ieder geval waren daarmee verband houdende overwegingen niet kenbaar als objectieve, toetsbare en redelijke criteria en mogen zij om die reden geen rol spelen bij het al of niet goedkeuren van de koopovereenkomst met de hoogste bieder. Ten slotte heeft de rechtbank terecht in ro. 4.9 van het bestreden vonnis vastgesteld dat het goedkeuringsvoorbehoud aan de raad was toegekend om te voorkomen dat de kavel voor een niet reële koopprijs zou worden verkocht. Inschrijvers hoefden er daarom geen rekening mee te houden dat de raad zijn goedkeuring aan een gunning aan de hoogste bieder zou onthouden op andere dan financiële gronden. Ook in zoverre had de raad niet de vrijheid om op andere dan financiële gronden goedkeuring aan de koopovereenkomst te onthouden.

Conclusie

De rechtbank heeft terecht geoordeeld dat de raad (door aldus te handelen) heeft belet dat de opschortende voorwaarde in de koopovereenkomst met de hoogste bieder in vervulling ging en dat de redelijkheid meebrengt dat de opschortende voorwaarde als vervuld moet worden beschouwd (art. 6:23 BW). Het hoger beroep slaagt niet. Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank Gelderland.

*de publiekrechtelijke rechtspersoon
Gemeente Montferland,
die is gevestigd in Didam,
die hoger beroep heeft ingesteld
en bij de rechtbank optrad als gedaagde,
hierna: de gemeente,*

advocaten: mrs. P.L.G. Haccou en J.S. Cosijnse, tegen
*[geïntimeerde],
die woont in [woonplaats1],
die bij de rechtbank optrad als eiser,
hierna: [de hoogste bieder],
advocaat: mr. H.H. van Gaal.*

De volledige uitspraak is te raadplegen op opmaat.sdu.nl.

170

Geslaagd beroep op Grossmann-arrest

Rechtbank Gelderland zp Arnhem
7 maart 2023, C/05/413181 / KG ZA 22-428,
ECLI:NL:RBGEL:2023:4782
(mr. K. van Vlimmeren-van Ommen)
Noot mr. dr. A.J. van Heeswijk

Grossmann. Kennisvoorsprong. Level playing field. Niet-ontvankelijkheid.

[Aw 2012 art. 2.127 lid 1, art. 2.131]

TenneT heeft op 2 juni 2022 op TenderNed de opdracht 'Broker & Sourcing services contingent workforce' aangekondigd. Circle8 meldde zich aan voor de aanbesteding en werd geselecteerd om aan de verdere procedure deel te nemen, zo ook voor de offerteprocedure. Circle8 heeft op 11 september 2022 haar initiële aanbieding bij TenneT ingediend en op 7 november 2022 haar Best and Final Offer (hierna: BAFO) ingediend. TenneT heeft de definitieve inschrijvingen inhoudelijk beoordeeld. Bij brief van 6 december 2022 heeft TenneT aan Circle8 haar voorlopige gunningsbeslissing kenbaar gemaakt, waaruit Circle8's inschrijving niet als de economisch meest voordelige inschrijving naar voren kwam. Circle8 vordert veroordeling van TenneT haar voorlopige gunningsbeslissing van 6 december 2022 in te trekken en over te gaan tot heraanbesteding, voor zover zij de opdracht nog wenst te gunnen.

Beoordeling

TenneT voert verweer en voert primair aan dat Circle8 niet ontvankelijk is in haar vordering tot

heraanbesteding van de opdracht. TenneT beroept zich in dat verband op het Grossman-arrest. De rechter gaat kort in op dat arrest, zo ook op art. 2.127 lid 1 en art. 2.131 Aw.

Uit de Nvl's die in de verschillende fasen van de procedure zijn gepubliceerd, blijkt niet dat Circle8 gedurende de aanbesteding steeds opnieuw heeft geklaagd over (schending van) het level playing field en TenneT meerdere malen heeft gewezen op die schending en overige onzorgvuldigheden, onregelmatigheden en onrechtmatigheden. Circle8 heeft eerst in de Nvl - Gunningsfase in de aanvullende vragen 137, 138 en 139 verzocht om dezelfde informatie te mogen ontvangen als de zittende dienstverleners Brainnet en Harvey Nash 'to make sure equal treatment is applied'. Deze vragen zijn op 2 september 2022, ruim voor het moment dat de inschrijvers hun BAFO moesten indienen, door TenneT beantwoord. Circle8 heeft daarop niet meer gereageerd. De beantwoording van de vragen in de Nvl hebben Circle8 kennelijk geen aanleiding gegeven om daarop door te vragen en nadere vragen in te dienen, dan wel reeds op dat moment een kort geding aanhangig te maken om de volgens haar bestaande oneerlijke kennisvoorsprong van Brainnet en Harvey Nash aan de orde te stellen. TenneT heeft een (concreet) overzicht overgelegd van de informatie die Circle8 in de Nvl(s) heeft opgevraagd en de informatie en gegevens die TenneT in reactie daarop heeft verstrekt. Uit het overzicht blijkt dat TenneT inhoudelijk is ingegaan op elk van de vragen van Circle8 en wel degelijk de gevraagde gegevens heeft verstrekt voor zover zij (TenneT) daarover beschikte. Daar waar TenneT heeft geantwoord dat zij niet over bepaalde informatie beschikt, is daar geen reactie van Circle8 meer op gekomen. Circle8 is evenwel het onderhandelingstraject ingegaan en heeft gedurende dat traject niets gezegd over onrechtmatigheden. Zij heeft om input gevraagd, maar nooit specifiek te kennen gegeven bezwaar te maken tegen de aan de inschrijvers gestelde eisen. Gelet op de omstandigheden van deze specifieke aanbesteding, waarbij sprake was van een procedure die (i) meerdere maanden in beslag heeft genomen, (ii) onderverdeeld was in verschillende fasen met elk een eigen mogelijkheid tot het stellen van vragen die zijn beantwoord in een eigen Nvl en (iii) de inschrijvers zich op verschillende momenten van de procedure expliciet akkoord moesten verklaren met de specifieke voorwaarden van de procedure, is de rechter

voorshands van oordeel dat Circle8 zich niet zodanig proactief heeft opgesteld als van haar mocht worden verwacht.

De redelijkheid en billijkheid die de rechtsverhouding tussen TenneT als aanbestedende dienst en Circle8 als inschrijver op grond van artikel 6:2 BW beheerst, brengt ten slotte met zich dat dat bij een fundamenteel gebrek in de aanbestedingsstukken de aanbestedende dienst zich er ondanks het gebrek aan een proactieve houding van de inschrijver niet tegen kan verzetten dat een inschrijver dit gebrek in een procedure voor de rechter aan de orde stelt, ook al heeft deze inschrijver daarover dus vóór de inschrijving geen (expliciete) bezwaren geuit. Dat sprake is van een fundamenteel gebrek in de onderhavige aanbestedingsprocedure door schending van het level playing field is in dit geschil echter niet gebleken. Ook het prijsverschil tussen de inschrijvingen duidt daar niet zonder meer op, nu de tenderprijs waarmee de inschrijvers hebben ingeschreven niet de uiteindelijke inschrijfprijs is en het bedrag dat wel als die inschrijfprijs dient te worden aangemerkt in geval van Circle8 slechts 3,99% hoger ligt dan van de voorlopige winnaar Brainnet. Nu ook de overige gestelde onrechtmatigheden alle samenhangen met een vermeende kennisachterstand aan de zijde van Circle8, die gelet op al het vorenstaande aldus niet kan worden aangenomen, kan van een zodanig gebrek ook op grond van die punten niet worden gesproken.

Bij deze stand van zaken moet worden geconcludeerd dat TenneT een geslaagd beroep op het Grossman-arrest heeft gedaan en Circle8 niet tijdig heeft geklaagd en haar bezwaren tegen de aanbestedingsprocedure naar voren heeft gebracht. Zij kan dat nu in dit geding, niet alsnog doen en haar vorderingen strekkende tot intrekking van de voorlopige gunningsbeslissing en veroordeling van TenneT tot heraanbesteding over te gaan zullen dan ook worden afgewezen. Afwijzing van de vorderingen van Circle8, leidt tot toewijzing van de vorderingen in de hoofdzaak van Brainnet. TenneT zal worden veroordeeld om, voor zover zij de opdracht nog wenst te gunnen, over te gaan tot definitieve gunning van de opdracht aan Brainnet.

Beslissing

De rechter (in de hoofdzaak) wijst de vorderingen van Circle8 af.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

DE STAFFING GROEP NEDERLAND B.V.,
h.o.d.n. CIRCLE8,
statutair gevestigd te Nieuwegein,
eiseres,

advocaten mrs. L. Bozkurt en K.A.M. van Kampen te Rotterdam,
tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

TENNET TSO B.V.,
statutair gevestigd te Arnhem,
gedaagde,

advocaten mrs. P.F.C. Heemskerck en M.L. Welling de Arruda te Amsterdam,

waarin heeft gevorderd als tussenkommende, althans voegende partij te worden toegelaten:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

MAGNIT GLOBAL NETHERLANDS BN B.V.,
voorheen h.o.d.n. BRAINNET,
statutair gevestigd te Nieuwegein,
eiseres in het incident,

advocaten mrs. P.V. Kleijn en E.K. Sneeuw te Utrecht.

Partijen zullen hierna Circle8, TenneT en Brainnet worden genoemd.

1. De procedure

in de hoofdzaak en in het incident tot tussenkomst, althans voeging

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding met producties 1 tot en met 27
- de akte ter nadere aanvulling van feiten en gronden met producties 28 tot en met 35 van Circle8
- de nagezonden productie 36 van Circle8
- de conclusie van antwoord met producties 1 tot en met 13 van TenneT
- de incidentele conclusie van tussenkomst, althans voeging met producties 1 tot en met 4 van Brainnet
- de mondelinge behandeling van 7 februari 2023
- de pleitnota van Circle8
- de pleitnota van TenneT.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

in de hoofdzaak en in het incident tot tussenkomst, althans voeging

2.1. TenneT is een Europese netbeheerder. Voor de inhuur van tijdelijke/flexibele arbeidskrachten maakt TenneT op dit moment gebruik van twee brokers; Brainnet en Harvey Nash. Op basis van de overeenkomsten die tussen TenneT enerzijds en Brainnet en Harvey Nash anderzijds in 2015 zijn gesloten, is een bepaalde inkooppraktijk ontstaan. Deze praktijk houdt in dat TenneT ad hoc de behoefte aan een specifieke functionaris uitvraagt, waarna Brainnet en/of Harvey Nash grotendeels in hun eigen netwerk naar een geschikte kandidaat zoeken en deze aan TenneT voordragen met een daarbij horend tariefvoorstel. De huidige contracten kennen geen tariefstructuur volgens Guideline Rates en indeling in segmenten en het tarief wordt daarmee in feite gedictieerd door de markt en de beschikbare kandidaat.

2.2. De huidige contracten met Brainnet en Harvey Nash liepen op 31 december 2022 af. TenneT heeft daarom in 2022 een aanbestedingsprocedure aangekondigd om (een) nieuwe broker(s) te werven. Vanuit het perspectief van groei en kostenbeheersing en vanuit de behoefte om op andere wijze samen te werken met de gecontracteerde broker(s) en leveranciers van flexibele arbeidskrachten heeft TenneT ervoor gekozen de structuur en organisatie van haar inhuurpraktijk te wijzigen en de inhuur onder te brengen bij nog slechts één broker. TenneT wenste de inhuurpraktijk meer te stroomlijnen en financieel te beheersen door middel van in de markt bekende doelgroepen/inhuursegmenten, gerelateerd aan een vaste tariefstructuur volgens de Guideline Rates. TenneT heeft niet eerder op deze wijze gewerkt, maar deze methode is de afgelopen jaren al wel beproefd in de markt.

2.3. Om het vorenstaande mogelijk te maken, heeft TenneT op 2 juni 2022 op TenderNed de opdracht 'Broker & Sourcing services contingent workforce' aangekondigd. TenneT heeft gekozen voor een aanbesteding in de vorm van de onderhandelingsprocedure met aankondiging. De op de aanbestedingsprocedure van toepassing zijnde 'General provisions European Tender procedures TenneT' vermeldt onder meer het volgende:
'(...)

6. Warning obligation and estoppel (forfeiture of any right)

1) The Tender Dossier has been compiled with care. Nevertheless, the Tender Dossier may contain ambiguity, inaccuracy, unlawfulness or any other irregularity. TenneT expects a proactive attitude from the Economic operators in this regard. This means that an Economic operator must report these matters to TenneT as soon as they are discovered, but never later than 12 calendar days before the deadline for submitting an Application / Tender and must ask for clarification.

2) After expiry of the aforementioned deadline, an Economic operator can no longer object to any ambiguities, inaccuracies, unlawfulness and / or any other irregularity in the Tender Dossier.

3) By submitting an Application / a Tender, the Economic operator declares to have taken note of and agree to all the conditions, principles, requirements, modalities and reservations of the Tender Dossier.

4) in View of the provisions of 1), 2) and 3), an economic operator forfeits any right to object to (the consequences of) any ambiguities, inaccuracies, unlawfulness and / or any other irregularity after the periods / moments referred to in those provisions. TenneT is in no way liable for the consequences of ambiguities, inaccuracies, unlawfulness and / or any other irregularities in the Tender Dossier. (...)

2.4. Uit het in het kader van de aanbesteding opgestelde Scope Document dat in de selectiefase van de procedure met alle geïnteresseerde marktpartijen is gedeeld, volgt dat het doel van de opdracht is om één broker te contracteren voor de duur van minimaal drie jaar, met driemaal de mogelijkheid tot een verlenging met één jaar. Deze broker dient proactief mee te denken en zich op te stellen als partner van TenneT en TenneT ook als zodanig in de markt te promoten. De broker dient TenneT te helpen om de controle over de inhuurpraktijk weer meer aan zich te trekken en wordt verantwoordelijk voor het gehele inhuurpotentieel van de tot TenneT behorende organisaties. De totale geraamde waarde van de opdracht bedraagt, bij de maximale duur van zes jaar, tussen de € 1,5 en € 3,5 miljard. Dit bedrag is het geraamde bedrag dat TenneT verwacht aan de totale inhuur van flexibele arbeidskrachten onder het broker-contract te zullen spenderen. Het gaat daarbij om de optelsom van de brokerfee per uur (de zogenaamde surcharges) en de aan de ar-

beidskrachten of leveranciers te betalen uurtarieven over de gehele looptijd van de overeenkomst van maximaal zes jaar.

2.5. In het op 2 augustus 2022 gepubliceerde Programma van Eisen 'Request for proposal broker services for TenneT' heeft TenneT het nieuw te hanteren prijsmechanisme (de systematiek) nader uitgewerkt in de punten 18, 23, 81, 84, 85, 139 en 140.

2.6. De aanbestedingsprocedure is aangevangen met een zogenaamde kick-off meeting op 22 juni 2022, waarbij onder andere Circle8 aanwezig was. Alle aanwezigen konden tijdens deze bijeenkomst vragen aan TenneT stellen over de ter beschikking gestelde aanbestedingsstukken. In deze fase van de procedure zijn in totaal 37 vragen gesteld, waarvan er 14 afkomstig waren van Circle8. De gestelde vragen hielden geen (concrete) bezwaren in tegen de aanbestedingsprocedure op zichzelf of de daarin toegepaste systematiek. TenneT heeft alle vragen beantwoord in de Nota van Inlichtingen - Selectiefase (hierna: NvI - Selectiefase). Deze NvI vermeldt onder meer het volgende:

'(...)

32. (...)

Vraag: 2.2 What is the total number and split per country of international and cross border hires?

Antwoord (...):

It is not possible to estimate in advance how many cross-border workers or international hires will be needed in the future. Based on the data for 2021, TenneT can share the following attached data.

(...)

33. (...)

Vraag: 2.2. Can you please provide overview of top 10 requested roles which are international and cross border hires, and the relevant current average pay rate.

Antwoord (...):

The attached table shows the top 10 positions hired on a cross-border basis. The average rate used is not relevant as TenneT will work with guideline rates per target group. These will be shared with bidders at a later stage (in the initial offer phase).

(...)

34. (...)

Vraag: 4.3 Is temp labor in- or out of scope, and if in scope, can you share more details on current state of affairs?

Antwoord (...):

Temporary employment services are in scope of this tender. However, the volume of temporary

staff is small and lies around 1 to 2 percent of the total contingent workforce. (...)'

De hiervoor bedoelde informatie over het aantal werknemers per land in 2021 en de top 10 meest ingehuurd functies heeft TenneT aan de NvI gehecht (door middel van PNG-files, die gedownload kunnen worden).

2.7. Circle8 heeft naar aanleiding van de beantwoording van haar vragen en de in dat verband verstrekte informatie geen nadere vragen aan TenneT gesteld. Op 1 juli 2022 heeft Circle8 haar aanmelding met daarbij behorende gegevens en bijlagen, waaronder de 'Letter of Application', bij TenneT ingediend. Paragraaf 1.2.1. van de Selectieidraad vermeldt over deze Letter of Application onder meer het volgende:

'Letter of Application

1.2.1.

Q: 1.2.1. TenneT uses the attached Letter of Application. By submitting an Application, the Candidate declares to have taken note of and to agree with all the conditions, principles, requirements, modalities and reservations stated in the Tender Dossier.

To this end, the Candidate must complete the Letter of Application in full and truthfully, sign the Letter of Application, and submit it with this Question.

2.8. De aanmelding van Circle8 was in eerste instantie onvolledig vanwege een gebrek in het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA). TenneT heeft Circle8 in de gelegenheid gesteld dit gebrek te repareren en Circle8 heeft van deze gelegenheid gebruik gemaakt en haar UEA aangepast. Vervolgens heeft TenneT (onder andere) Circle8 geselecteerd om aan de verdere procedure deel te nemen en Circle8, Brainnet en Harvey Nash uitgenodigd voor de offerteprocedure. Tegen deze beslissing heeft/hebben noch Circle8 noch Brainnet en/of Harvey Nash bezwaar gemaakt.

2.9. Circle8, Brainnet en Harvey Nash hebben in de offertefase in totaal 104 vragen aan TenneT gesteld. Van deze vragen waren er 79 afkomstig van Circle8. TenneT heeft alle vragen beantwoord in de NvI - Offertefase en naar aanleiding daarvan zijn op dat moment geen nieuwe en/of nadere vragen gesteld.

2.10. Circle8 heeft op 11 september 2022 haar initiële aanbieding bij TenneT ingediend. Onder-

deel van deze aanbieding betrof de 'Letter of Tender'. Paragraaf 3.2.1 van de Selectieidraad vermeldt over deze Letter of Tender onder meer het volgende:

'Letter of Tender

3.2.1.

Q: 3.2.1. TenneT uses the attached Letter of Tender. By submitting a Tender, the Tenderer declares to have taken note of and to agree with all the conditions, principles, requirements, modalities and reservations stated in the Tender Dossier.

Furthermore, the Tenderer declares to comply and to continue to comply with all conditions and requirements as included in the Tender Dossier (including all annexes) in the performance of the Contract. To this end, the Tenderer must complete the Letter of Tender in full and truthfully, sign the Letter of Tender, and submit it with this Question.

(...)'

2.11. TenneT heeft Circle8 vervolgens uitgenodigd voor het interview ten behoeve van de Team Proposition (kwalitatief subgunningscriterium 5). Dit interview had als doel om medewerkers van Circle8 die in geval van gunning van de opdracht bij de uitvoering daarvan betrokken zullen zijn hun kennis en expertise te laten presenteren. Tijdens dit interview zijn daarnaast twee cases besproken, die Circle8 circa 30 minuten voor het interview heeft ontvangen ter voorbereiding. Tijdens het interview heeft Circle8 geen bezwaren tegen deze gang van zaken geuit.

2.12. Op 13 oktober 2022 heeft TenneT met Circle8 een onderhandelingsgesprek gevoerd. Op dezelfde dag hebben ook de onderhandelingsgesprekken tussen TenneT en Brainnet en Harvey Nash plaatsgevonden. Van deze gesprekken zijn notulen opgesteld, die met de inschrijvers zijn gedeeld. Tijdens de gesprekken zijn de initiële aanbiedingen van de drie gegadigden besproken en is ruimte geweest voor het stellen van vragen. Circle8 heeft in dat verband navraag gedaan naar de migratietarieven van de zittende dienstverleners. De NvI - Gunningsfase vermeldt daarover in vraag 136 het volgende:

'136. (...)

Vraag: It is highly uncommon that the broker fees from the previous tender are applied to the scope of the new tender in case one of the existing Contractors becomes the new Contractor. In addition, in case the fees of the previous tender are higher than the fees of the current tender, this results in

unequal treatment between new Contractor(s) and existing Contractor(s). Therefore, we would like to see a revision of this answer. This Broker surcharge should be applicable for all contracts, even of the current Contractor is the new contractor.

Antwoord (...):

TenneT cannot agree to this. To clarify the previous answer: The transition surcharge is applied to all contracts to be taken over. If the new Contractor is one of the current partners, the new Broker-surcharge (i.e. not the surcharge from the previous tender) applies to the current population of this Contractor because there is no transition for that part of the current population if the new Contractor is one of the existing contractors.'

2.13. Naderhand heeft Circle8 nog enkele aanvullende vragen gesteld, die erop waren gericht dezelfde informatie te ontvangen als waarover de zittende opdrachtnemers Brainnet en Harvey Nash beschikken. De NvI - Gunningsfase vermeldt daarover het volgende:

'137. (...)

Vraag: This information is available with the current Contractor(s) since they manage this scope. Since we are competing with the existing Contractor(s) we would like to receive the same information as the current Contractor(s) to make sure equal treatment is applied.

Antwoord (...):

TenneT only works with the brokers for Contingent Workers. Tennenet does not currently have separate agreements on the rates for offshore contractors nor detailed insights in the rates. The rate that is currently paid for offshore functions is between € 85 and € 115. For the new situation, the Guideline rates for the relevant hiring segment will apply, corresponding to the applicable salary scale.

138. (...)

Vraag: This information is available with the current Contractor(s) since they manage this scope. Since we are competing with the existing Contractor(s) we would like to receive the same information as the current Contractor(s) to make sure equal treatment is applied.

Antwoord (...):

As also indicated in the previous answer, TenneT is unable to provide this information. In addition, TenneT believes that this historical data is not relevant for the future cooperation between TenneT and the new Broker. On the one hand this is due

to the fact that a new situation will arise with this tender (1 Broker), and on the other hand because TenneT has the explicit wish to reform the hiring process. See also the Scope document for this. This guarantees equal treatment between the Tenderers.

139. (...)

Vraag: This information is available with the current Contractor(s) since they manage this scope. Since we are competing with the existing Contractor(s) we would like to receive the same information as the current Contractor(s) to make sure equal treatment is applied.

Antwoord (...):

TenneT only works with the brokers for Contingent Workers. Tennenet does not currently have separate agreements on the rates for contractors. The rate that is currently paid for all functions is between € 27,44 and € 200. This is a serious problem for TenneT. Therefore in the new situation, the Guideline rates for the relevant hiring segment will apply, corresponding to the applicable salary scale.

(...)

2.14. Circle8 heeft naar aanleiding van de verschenen NvI - Gunningsfase geen (nadere) vragen meer aan TenneT gesteld.

2.15. Op basis van de aanbestedingsstukken was het voor inschrijvers mogelijk om na het onderhandelingsgesprek met TenneT hun initiële aanbieding nog aan te passen. Circle8 heeft uiteindelijk op 7 november 2022 haar zogenaamde Best and Final Offer (BAFO) ingediend. Onderdeel van deze inschrijving vormde de Letter of Tender, waarin Circle8 heeft verklaard akkoord te zijn met alle voorwaarden, principes, eisen, modaliteiten en voorbehouden zoals vermeld in de aanbestedingsstukken.

2.16. TenneT heeft de drie definitieve inschrijvingen vervolgens inhoudelijk beoordeeld. Bij brief van 6 december 2022 heeft TenneT aan Circle8 haar voorlopige gunningsbeslissing kenbaar gemaakt. Deze brief vermeldt onder meer het volgende:

'(...)

Over the past period, we have carefully studies and assessed the tenders we received in response to the call for tenders referred to above. This assessment process did not result in your organisation's tender being designated as the most economically advantageous tender.

This means that the contract will not be awarded to your organization.

TenneT intends to award the contract to Magnit Global Netherlands B.V. (Brainnet). In appendix 1 of this letter you will find the ranking of the tender procedure, (...)'

2.17. Bijlage 1 bevat de 'Ranking of the tender procedure'. Deze bijlage vermeldt onder meer het volgende:

'The below table shows the outcome of the tender procedure. (...)'

2.18. Circle8 kan zich niet in de voorlopige gunningsbeslissing vinden. Zij heeft dat niet direct aan TenneT kenbaar gemaakt, maar in plaats daarvan haar advocaat geraadpleegd wat te doen. Vervolgens is binnen de gestelde Alcatel-termijn onderhavig kort geding aanhangig gemaakt.

3. Het geschil

in de hoofdzaak

3.1. Circle8 vordert bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

primair

I. TenneT te verbieden om de opdracht definitief te gunnen aan Brainnet, althans te gebieden de voorlopige gunningsbeslissing van 6 december 2022 aan Brainnet in te trekken; en

II. TenneT te gebieden om, voor zover zij de opdracht nog wenst te vergeven, over te gaan tot heraanbesteding van de opdracht met daarbij de vervanging van de sleutelfiguren in de aanbesteding, althans de beoordelingscommissie, en het verplicht voorschrijven van volledig anoniem inschrijven om alle schijn van partijdigheid te voorkomen;

subsidiair

III. iedere andere voorlopige voorziening te treffen die de voorzieningenrechter passend acht en recht doet aan de belangen van Circle8;

in alle gevallen

IV. waarbij elk gebod en verbod van het petitum aan TenneT wordt opgelegd op straffe van verbeurte van een direct opeisbare dwangsom van € 1.000.000;

V. TenneT te veroordelen in de proces- en nakosten, te vermeerderen met wettelijke rente.

3.2. TenneT 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.

in het incident tot tussenkomst, althans voeging

3.4. Brainnet vordert bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

in het incident

I. primair in het geding te worden toegelaten als tussenkomende partij in de hoofdzaak;

II. subsidiair in het geding te worden toegelaten als voegende partij aan de zijde van TenneT in de hoofdzaak;

III. primair en subsidiair Circle8 en/of TenneT te veroordelen in de proces- en nakosten in het incident, te vermeerderen met wettelijke rente;

in de hoofdzaak

IV. Circle8 in haar vorderingen niet-ontvankelijk te verklaren, althans deze vorderingen af te wijzen;

V. TenneT te gebieden, voor zover zij nog wenst over te gaan tot gunning van de opdracht, over te gaan tot definitieve gunning van de opdracht aan Brainnet;

VI. Circle8 te veroordelen in de proces- en nakosten in de hoofdzaak, te vermeerderen met wettelijke rente.

3.5. Circle8 en TenneT voeren geen verweer tegen de gevorderde tussenkomst. Circle8 voert wel verweer tegen de vorderingen van Brainnet in de hoofdzaak en concludeert tot afwijzing daarvan.

3.6. 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

in het incident tot tussenkomst, althans voeging

4.1. Circle8 en TenneT hebben geen verweer gevoerd tegen de tussenkomst van Brainnet en bovendien heeft Brainnet een rechtstreeks en in rechte te erkennen belang om als tussenkomende partij in het geding te komen, omdat Brainnet de inschrijver is aan wie de aanbestedende dienst voornemens is de opdracht te gunnen. Daarom zal Brainnet worden toegelaten als tussenkomende partij in het geding tussen Circle8 en TenneT.

4.2. Circle8 en TenneT zullen in de kosten van het incident worden veroordeeld, welke kosten aan de zijde van Brainnet tot op heden worden begroot op nihil.

in de hoofdzaak

4.3. De spoedeisendheid van de vorderingen vloeit voldoende voort uit de aard daarvan.

4.4. Circle8 vordert in dit geding kort gezegd veroordeling van TenneT haar voorlopige gunnings-

beslissing van 6 december 2022 in te trekken en over te gaan tot heraanbesteding, voor zover zij de opdracht nog wenst te gunnen. De bezwaren die Circle8 aan deze vorderingen ten grondslag legt komen er in de kern genomen op neer dat TenneT het level playing field niet heeft geborgd door in het kader van de onderhavige aanbesteding een systematiek te hanteren waarbij de huidige contractspartijen, Brainnet en Harvey Nash, een onaanvaardbare kennisvoorsprong hadden van relevante (historische) data en daarmee een zodanig concurrentievoordeel ter zake van de onderhavige aanbesteding dat geen sprake was van een eerlijk speelveld, zodat de voorlopige gunningsbeslissing van 6 december 2022 niet op goede gronden is genomen en in stand kan blijven en tot heraanbesteding dient te worden overgegaan.

4.5. TenneT voert verweer en voert primair aan dat Circle8 niet ontvankelijk is in haar vordering tot heraanbesteding van de opdracht. TenneT beroept zich in dat verband op het Grossman-arrest¹. Uit dit arrest moet worden afgeleid dat van een gegadigde aan een aanbesteding een proactieve houding mag worden verwacht, zodat wordt voorkomen dat aanbestedingsprocedures onnodig worden vertraagd. Met die houding wordt daarnaast bereikt dat eventuele gebreken in de procedure zodanig tijdig aan de orde worden gesteld dat zij nog (eenvoudig) kunnen worden hersteld. Op deze wijze is niet alleen het belang van de aanbestedende dienst gediend, maar ook het belang van de (andere) gegadigden en inschrijvers omdat daarmee bijvoorbeeld voorkomen wordt dat kosten worden gemaakt voor een aanbestedingsprocedure die niet aan de eisen voldoet. Het tijdstip waarop over een bepaald aspect van een aanbestedingsprocedure moet worden geklaagd, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. In algemene zin kan van een gegadigde worden verwacht dat hij zijn bezwaren kenbaar maakt zo spoedig mogelijk nadat hij kennis had of had behoren te hebben van de gestelde gebreken in de procedure.

4.6. Artikel 2.127 lid 1 Aanbestedingswet (Aw) bepaalt voorts dat een aanbestedende dienst, voordat hij overgaat tot het sluiten van een overeenkomst, een opschortende termijn in acht neemt. Uit artikel 2.131 Aw volgt dat, indien binnen de opschortende termijn van artikel 2.127 Aw

een onmiddellijke voorziening bij voorraad wordt verzocht, de overeenkomst eerst mag worden gesloten nadat een uitspraak over het verzoek tot voorlopige maatregelen is verkregen. Deze systematiek staat er echter niet zonder meer aan in de weg dat een aanbestedende dienst daarnaast maatregelen treft die ertoe strekken dat in een vroeg stadium van een aanbesteding bezwaren tegen de opzet van die aanbesteding naar voren worden gebracht en op straffe van verval van recht, indien nodig aan de rechter worden voorgelegd. Met zo'n maatregel zijn niet alleen de belangen van de aanbestedende dienst gediend, maar ook de belangen van de andere inschrijvers omdat daarmee mogelijk kosten voorkomen kunnen worden ten behoeve van een inschrijving op een aanbesteding die later ondeugdelijk blijkt dan wel dat concurrentiegevoelige gegevens van inschrijvers op een ontijdig moment bekend raken wat een nieuwe aanbesteding bemoeilijkt.

4.7. Circle8 stelt zich op het standpunt dat zij TenneT vanaf de start van de aanbestedingsprocedure heeft gewezen op onzorgvuldigheden, schendingen van het level playing field en overige transparantieplichtingen. Zij stelt via de verschillende NvI's en het onderhandelingsgesprek te hebben geprobeerd deze onregelmatigheden en onrechtmatigheden recht te trekken, door TenneT daarop te wijzen en ontbrekende informatie waarover Brainnet en Harvey Nash wel reeds beschikten op te vragen. Het verkrijgen van die informatie was volgens Circle8 van groot belang, omdat gaandeweg duidelijk werd dat slechts drie partijen geselecteerd waren voor de gunningsfase; de twee zittende dienstverleners Brainnet en Harvey Nash en Circle8 zelf. Circle8 stelt dat TenneT desondanks het verstrekken van bepaalde informatie heeft afgehouden en bewust informatie voor Circle8 heeft achtergehouden, waardoor de kennisongelijkheid in stand is gebleven.

4.8. TenneT voert in reactie daarop aan dat Circle8 haar op geen enkel moment gedurende de procedure heeft gewezen op een vermeende schending van aanbestedingsrechtelijke beginselen of strijd met het level playing field. De enkele omstandigheid dat Circle8 in de verschillende fasen van de procedure een heel aantal vragen heeft gesteld, maakt volgens TenneT niet dat voor haar - en de overige inschrijvers - kenbaar was of had moeten zijn dat Circle8 van mening was dat sprake was van schending van fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht. TenneT voert aan

1 HvJ EG 12 februari 2004, ECLI:EU:C:2004:93

dat het stellen van vragen gebruikelijk is in een aanbesteding en dat het aantal door Circle8 gestelde vragen niet ongebruikelijk is bij een opdracht met een omvang als de onderhavige. Volgens TenneT heeft Circle8 in de NvI's op bepaalde onderdelen vragen gesteld en daarbij om historische data gevraagd, maar heeft Circle8 op geen enkel moment te kennen gegeven dat sprake zou zijn van inconsistenties of schending van aanbestedingsrechtelijke beginselen. Daarbij komt dat Circle8, door aan alle fasen van de aanbesteding deel te nemen, volgens TenneT impliciet met die (methode van) aanbesteding heeft ingestemd, welke impliciete instemming zij nog eens heeft geëxpliciteerd door in zowel de Letter of Application als de twee Letters of Tender te verklaren akkoord te gaan met alle voorwaarden, principes en uitgangspunten van de aanbesteding. Circle8 heeft door te wachten op het resultaat van de aanbesteding en eerst in dit kort geding te klagen niet een voldoende proactieve houding aangenomen en niet tijdig haar bezwaren aan TenneT kenbaar heeft gemaakt, aldus TenneT.

4.9. De voorzieningenrechter stelt voorop dat het level playing field van een aanbestedende dienst vraagt dat de opdracht zo goed mogelijk wordt omschreven en dat inschrijvers van dezelfde (hoeveelheid) informatie worden voorzien. Het level playing field gaat echter niet zo ver dat een aanbestedende dienst alle voordelen van de zittende ondernemer(s) moet wegnemen. Onderkend moet worden dat er altijd een relatief voordeel zal zijn voor de zittende ondernemer(s), omdat deze kennis heeft/hebben van de cultuur, de organisatie en de markt waarop de nieuwe opdracht wordt uitgevraagd. Waar het in de kern om gaat is dat geen sprake mag zijn van een ontoelaatbare verstoring van de mededinging als gevolg van die voorkennis van de zittende opdrachtnemer(s).

4.10. Uit de NvI's die in de verschillende fasen van de procedure zijn gepubliceerd, blijkt, anders dan Circle8 stelt, niet dat Circle8 gedurende de aanbesteding steeds opnieuw heeft geklaagd over (schending van) het level playing field en TenneT meerdere malen heeft gewezen op die schending en overige onzorgvuldigheden, onregelmatigheden en onrechtmatigheden. Vastgesteld wordt dat Circle8 eerst in de NvI - Gunningsfase in de aanvullende vragen 137, 138 en 139 heeft verzocht om dezelfde informatie te mogen ontvangen als de zittende dienstverleners Brainnet en Harvey

Nash "to make sure equal treatment is applied". Geconstateerd moet worden dat deze vragen op 2 september 2022, ruim voor het moment dat de inschrijvers hun BAFO moesten indienen, door TenneT zijn beantwoord en niet in geschil is dat Circle8 daarop niet meer heeft gereageerd. De beantwoording van de vragen in de NvI hebben Circle8 kennelijk geen aanleiding gegeven om daarop door te vragen en nadere vragen in te dienen, dan wel reeds op dat moment een kort geding aanhangig te maken om de volgens haar bestaande oneerlijke kennisvoorsprong van Brainnet en Harvey Nash aan de orde te stellen. Als productie 13 heeft TenneT een (concreet) overzicht overgelegd van de informatie die Circle8 in de NvI(s) heeft opgevraagd en de informatie en gegevens die TenneT in reactie daarop heeft verstrekt. Circle8 heeft de juistheid van dit overzicht niet weersproken. Anders dan Circle8 stelt, blijkt uit het overzicht dat TenneT inhoudelijk is ingegaan op elk van de vragen van Circle8 en wel degelijk de gevraagde gegevens heeft verstrekt voor zover zij (TenneT) daarover beschikte. Daar waar TenneT heeft geantwoord dat zij niet over bepaalde informatie beschikt, is daar geen reactie van Circle8 meer op gekomen. Circle8 is evenwel het onderhandelingstraject ingegaan en heeft gedurende dat traject niets gezegd over onrechtmatigheden, zo blijkt ook uit de notulen die van het onderhandelingsgesprek met Circle8 zijn opgesteld². Zij heeft om input gevraagd, maar nooit specifiek te kennen gegeven bezwaar te maken tegen de aan de inschrijvers gestelde eisen. Gelet op de omstandigheden van deze specifieke aanbesteding, waarbij sprake was van een procedure die (i) meerdere maanden in beslag heeft genomen, (ii) onderverdeeld was in verschillende fasen met elk een eigen mogelijkheid tot het stellen van vragen die zijn beantwoord in een eigen NvI en (iii) de inschrijvers zich op verschillende momenten van de procedure expliciet akkoord moesten verklaren met de specifieke voorwaarden van de procedure, is de voorzieningenrechter voorshands van oordeel dat Circle8 zich niet zodanig proactief heeft opgesteld als van haar mocht worden verwacht.

4.11. De redelijkheid en billijkheid die de rechtsverhouding tussen TenneT als aanbestedende dienst en Circle8 als inschrijver op grond van ar-

² Producties 21, 22 en 23 bij dagvaarding

tikel 6:2 BW beheerst, brengt ten slotte met zich dat dat bij een fundamenteel gebrek in de aanbestedingsstukken de aanbestedende dienst zich er ondanks het gebrek aan een proactieve houding van de inschrijver niet tegen kan verzetten dat een inschrijver dit gebrek in een procedure voor de rechter aan de orde stelt, ook al heeft deze inschrijver daarover dus vóór de inschrijving geen (expliciete) bezwaren geuit. Dat sprake is van een fundamenteel gebrek in de onderhavige aanbestedingsprocedure door schending van het level playing field is in dit geschil echter niet gebleken. Ook het prijsverschil tussen de inschrijvingen duidt daar - anders dan Circle8 betoogt - niet zonder meer op, nu TenneT onweersproken heeft aangevoerd dat de tenderprijs waarmee de inschrijvers hebben ingeschreven niet de uiteindelijke inschrijfprijs is en het bedrag dat wel als die inschrijfprijs dient te worden aangemerkt in geval van Circle8 slechts 3,99% hoger ligt dan van de voorlopige winnaar Brainnet. Nu ook de overige gestelde onrechtmatigheden alle samenhangen met een vermeende kennisachterstand aan de zijde van Circle8, die gelet op al het vorenstaande aldus niet kan worden aangenomen, kan van een zodanig gebrek ook op grond van die punten niet worden gesproken.

4.12. Bij deze stand van zaken moet worden geconcludeerd dat TenneT een geslaagd beroep op het Grossman-arrest heeft gedaan en Circle8 niet tijdig heeft geklaagd en haar bezwaren tegen de aanbestedingsprocedure naar voren heeft gebracht. Zij kan dat nu, in dit geding, niet alsnog doen en haar vorderingen strekkende tot intrekking van de voorlopige gunningsbeslissing en veroordeling van TenneT tot heraanbesteding over te gaan zullen dan ook worden afgewezen.

4.13. Afwijzing van de vorderingen van Circle8, leidt tot toewijzing van de vorderingen in de hoofdzaak van Brainnet. TenneT zal worden veroordeeld om, voor zover zij de opdracht nog wenst te gunnen, over te gaan tot definitieve gunning van de opdracht aan Brainnet.

4.14. Circle8 zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. Deze kosten worden aan de zijde van het TenneT en Brainnet ieder afzonderlijk tot op heden begroot op:

- griffierecht € 676
- salaris € 1.079

Totaal € 1.755

4.15. De wettelijke rente en nakosten aan de zijde van zowel TenneT als Brainnet zullen worden toegewezen als na te melden.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter
in het incident tot tussenkomst

5.1. staat Brainnet toe tussen te komen in het geding tussen Circle8 en TenneT,

5.2. veroordeelt Circle8 en TenneT in de proceskosten in het incident, tot de uitspraak van dit vonnis aan de zijde van Brainnet begroot op nihil, in de hoofdzaak

5.3. wijst de vorderingen van Circle8 af,

5.4. veroordeelt TenneT om, voor zover zij nog wenst over te gaan tot gunning van de opdracht, over te gaan tot definitieve gunning van de opdracht aan Brainnet,

5.5. veroordeelt Circle8 tot betaling van de proceskosten in de hoofdzaak, aan de zijde van TenneT en Brainnet tot de uitspraak van dit vonnis ieder afzonderlijk begroot op

€ 1.755, waarin begrepen € 1.079 aan salaris advocaat, te vermeerderen met de wettelijke rente over deze kosten vanaf de vijftiende dag na de datum van dit vonnis tot de dag van algehele voldoening,

5.6. veroordeelt Circle8 in de kosten die aan de zijde van TenneT en Brainnet ieder afzonderlijk zijn ontstaan na dit vonnis, begroot op € 163 aan salaris advocaat, als niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan dit vonnis is voldaan, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW met ingang van de vijftiende dag na die aanschrijving tot de dag van betaling en € 85 aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van dit vonnis, als er vervolgens betekening heeft plaatsgevonden, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW met ingang van de vijftiende dag na de betekening van dit vonnis tot de dag van betaling,

5.7. verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

Grenzen aan het Grossmann-verweer

Kan een ondernemer na ontvangst van de mededeling van de gunningsbeslissing nog klagen over een (vermeende) verstoring van het level playing field, wanneer hij zijn bezwaar tijdens de aanbestedingsprocedure niet of niet voldoende

duidelijk naar voren heeft gebracht? Dat is de centrale vraag in de hierboven opgenomen uitspraak.

Volgens vaste rechtspraak moet een ondernemer proactief handelen en gebreken in een aanbestedingsprocedure tijdig kenbaar maken. Anders loopt hij het risico het recht om over die gebreken te klagen te verwerken. Maar in de rechtspraak over dit op het Grossmann-arrest¹ geënte verweer doet zich een bijzondere ontwikkeling voor. Verschillende rechters hebben geoordeeld dat de redelijkheid en billijkheid die de rechtsverhouding tussen de aanbestedende dienst en ondernemers op grond van artikel 6:2 BW beheersen, meebrengen dat bij een fundamenteel gebrek in de aanbestedingsstukken de aanbestedende dienst zich er niet tegen kan verzetten dat een ondernemer dit gebrek in de procedure voor de rechter aan de orde stelt, ook al heeft deze vóór de inschrijving daarover geen bezwaren gemaakt.² De voorzieningenrechter van de rechtbank Gelderland volgt in de hierboven opgenomen uitspraak deze lijn in de rechtspraak (r.o. 4.11). Deze rechtspraak roept de vraag op wanneer sprake is van een ‘fundamenteel gebrek’. Eerder is al geoordeeld dat dit het geval is, wanneer:

- de aanbestedende dienst een meervoudig onderhandse procedure heeft uitgeschreven, terwijl aannemelijk is dat de opdracht Europees had moeten worden aanbesteed;³

1 HvJ EG 12 februari 2004, zaak C-230/02, ECLI:EU:C:2004:93 (Grossmann Air Service).

2 Vzr. Rb. Midden-Nederland 27 maart 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:1299, «JAAN» 2019/92, m.nt. Snijders-van Erp, r.o. 3.7; Vzr. Rb. Den Haag 11 februari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:1942, «JAAN» 2021/83, m.nt. Beers, r.o. 4.7; Hof Arnhem-Leeuwarden 15 februari 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:1150, «JAAN» 2022/53, BR 2022/46, m.nt. Braat & Oostenbrink, r.o. 3.28; Vzr. Rb. Noord-Nederland 25 maart 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:872, «JAAN» 2022/82, m.nt. De Ruiter, r.o. 6.8; Vzr. Rb. Noord-Holland 5 juli 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:6266, r.o. 4.16. Anders: Vzr. Rb. Den Haag 16 april 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:4042, r.o. 5.5, waarin wordt overwogen dat juist als het gaat om een (vermeend) ernstig gebrek van fundamentele aard het op de weg van de afgewezen inschrijver had gelegen daarover tijdig en duidelijk te klagen.

3 Vzr. Rb. Midden-Nederland 27 maart 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:1299, «JAAN» 2019/92, m.nt.

- de aanbestedingsstukken een herzieningsclausule bevatten die niet op een duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige wijze is geformuleerd en daarom in strijd is met artikel 2.163c Aw 2012;⁴
- de aanbestedende dienst artikel 2.114 lid 4 Aw 2012 heeft geschonden door de keuze om de opdracht niet te gunnen op basis van de ‘beste prijs-kwaliteitverhouding’ niet in de aanbestedingsstukken te motiveren.⁵

Hoewel hierin de term ‘fundamenteel gebrek’ niet valt, kan hier een uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Gelderland worden toegevoegd.⁶ In deze zaak had de aanbestedende dienst een methode van beperking van het aantal gegadigden toegepast die in strijd is met artikel 2.100 Aw 2012.

Of een verstoring van het level playing als gevolg van een kennisvoorsprong van de zittende opdrachtnemers in de ogen van de voorzieningenrechter van de rechtbank Gelderland als een fundamenteel gebrek is aan te merken, wordt uit de hierboven opgenomen uitspraak helaas niet duidelijk. Enerzijds honoreert de voorzieningenrechter het Grossmann-verweer van de aanbestedende dienst (r.o. 4.12). Dit duidt erop dat een verstoring van het level playing field niet als fundamenteel gebrek is aan te merken, dat een beroep op het Grossmann-verweer kan frustreren. Anderzijds lijkt de voorzieningenrechter in zijn oordeel dat geen sprake is van een fundamenteel gebrek zijn inhoudelijke oordeel over de vermeende verstoring van het level playing field mee te wegen. Volgens de voorzieningenrechter kan namelijk niet worden aangenomen dat er sprake is van een kennisachterstand bij de afgewezen inschrijver (r.o. 4.11). Onzeker is hoe de voorzieningenrechter zou hebben geoordeeld, als een verstoring van het level playing field naar zijn oordeel wel overtuigend was aangetoond.

Snijders-van Erp; Vzr. Rb. Den Haag 11 februari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:1942, «JAAN» 2021/83, m.nt. Beers.

4 Hof Arnhem-Leeuwarden 15 februari 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:1150, «JAAN» 2022/53, BR 2022/46, m.nt. Braat & Oostenbrink.

5 Vzr. Rb. Noord-Holland 5 juli 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:6266.

6 Vzr. Rb. Gelderland 22 januari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:1042, r.o. 4.19.

Al met al is er weinig lijn te ontdekken in de besproken rechtspraak. Dit wordt (mede) veroorzaakt doordat het oordeel of er sprake is van een fundamenteel gebrek in de meeste gevallen niet of nauwelijks is gemotiveerd. Hierop vormen twee uitspraken van de voorzieningenrechtshof van de rechtbank Midden-Nederland respectievelijk Den Haag een uitzondering. Beide uitspraken betreffen de situatie waarin de aanbestedende dienst een meervoudig onderhandse procedure had uitgeschreven, terwijl de opdracht Europees had moeten worden aanbesteed. In beide zaken wordt een beroep op rechtsverwerking naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar geacht, omdat – kort samengevat – anders niemand over de procedurefout zou kunnen klagen, doordat andere dan de uitgenodigde ondernemers geen weet hebben van de procedure en de aanbestedende dienst bijgevolg zijn Europese aanbestedingsplicht zou kunnen gaan omzeilen.⁷ Voor beide voorzieningenrechtshofen lijkt de kenbaarheid van de procedurefout voor andere ondernemers dan de klagende afgewezen inschrijver dus een belangrijke rol te spelen. In de andere uitspraken waarin een fundamenteel gebrek werd aangenomen, en een Grossmann- of rechtsverwerkingsverweer daarom werd verworpen,⁸ kan deze omstandigheid echter geen rol hebben gespeeld. In die zaken betrof het gebrek namelijk niet de keuze voor de procedure, maar een voorwaarde of criterium in de aanbestedingsstukken, terwijl die aanbestedingsstukken voor eenieder toegankelijk waren. In de uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Gelderland, waarin geen fundamenteel gebrek werd aangenomen, en een Grossmann- of rechtsverwerkingsverweer dus wel werd gehonoreerd, zou de kenbaarheid een rol kunnen hebben gespeeld, maar dit blijkt niet uit de overwegingen van de voorzieningenrechter. Voor de rechtsoptwikkeling en rechtszekerheid valt het te hopen dat rechters hun oordeel of er sprake is van een fundamenteel gebrek dat in de weg staat

aan een beroep op het Grossmann- of rechtsverwerkingsverweer, beter gaan motiveren.

Conclusie

Aanbestedende diensten moeten er rekening mee houden dat de keuze voor de procedure en de eisen en criteria in de aanbestedingsstukken nog na het sluiten van de termijn voor het indienen van een verzoek tot deelneming of inschrijving met succes door ondernemers ter discussie kunnen worden gesteld, ook als hiertegen tijdens de procedure geen bezwaar is gemaakt. Weliswaar rust op ondernemers de plicht proactief te handelen en gebreken in een aanbestedingsprocedure tijdig kenbaar maken, maar als de rechter oordeelt dat sprake is van een 'fundamenteel gebrek', zal hij een Grossmann- of rechtsverwerkingsverweer kunnen verwerpen, althans een beroep hierop naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kunnen achten.

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

171

Eiser terecht niet uitgenodigd voor onderhandelingsprocedure

Rechtbank Den Haag
12 mei 2023, C/09/644468 KG ZA 23-209,
ECLI:NL:RBDHA:2023:11823
(mr. S.J. Hoekstra-van Vliet)

Mededinging. Onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande aankondiging. Programma van Eisen. Staatssteun. Technische specificaties. Uitsluiting.

[Aw 2012 art. 2.32 lid 1 onder c]

Op 5 december 2022 heeft de Politie een ex ante publicatie gedaan: zij is voornemens een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking te doorlopen (ex art. 2.32 lid 1 onder c Aw 2012). Het betreft het voornemen zes nieuwe waterwerpers aan te schaffen.

Onder meer Tramacon is uitgenodigd voor de informatieronde. Tramacon heeft op 19 december

7 V.zr. Rb. Midden-Nederland 27 maart 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:1299, «JAAN» 2019/92, m.nt. Snijders-van Erp, r.o. 3.7; V.zr. Rb. Den Haag 11 februari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:1942, «JAAN» 2021/83, m.nt. Beers, r.o. 4.5-4.7.

8 Hof Arnhem-Leeuwarden 15 februari 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:1150, «JAAN» 2022/53, BR 2022/46, m.nt. Braat & Oostenbrink.